This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL 3086 $

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Cambr 1087a
800

ITALY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

DELLE AZIONI POSSESSORIE

DELLE AZIONI DI DENUNCIA DI NUOVA OPERA

DI DANNO TEMUTO

Digitized by Google

Digitized by Google

DELLE

AZIONI POSSESSORIE

E DELLE

AZIONI DI DENUNCIA DI NUOVA OPERA

E

DI DANNO TEMUTO

PER L'AVVOCATO

PIETRO BARATONO

SECONDA EDIZIONE

IVREA

STABILIMENTO LORENZO GARDA

1876

Digitized by Google

S
ITA
915
BAT

FOR TY
B 267

PROPRIETÀ LETTERARIA

Digitized by Google

PREFAZIONE

L'istituzione delle azioni possessorie, considerata nelle sue cause e negli effetti, forma una parte importante del nostro diritto, come quella che, informata ai principii della naturale giustizia, tende al conseguimento di un eminente fine sociale.

Nel Codice Civile italiano le azioni possessorie sono ridotte a regole brevi, espresse con formole esatte e chiare. Tuttavia nell'ordine pratico s'incontrano sovente gravi difficoltà sia nell'apprezzamento dell'intima natura e dell'estrinseca condizione dei fatti, e sia nella interpretazione della legge per la retta applicazione ai varii casi.

A risolvere le questioni occorre perciò spesse volte di dover non solo ricorrere ai severi dettami della logica per bene ponderare le circostanze di fatto, ma anche di dover indagare il pensiero del legislatore nei motivi e scopo della legge, nei rapporti giuridici con

Digitized by Google

16946

altre analoghe ed affini disposizioni ed anche nei principii generali di diritto, risalendo alle fonti a cui si attinse il precetto legislativo, sorretti in queste ricerche dalla dottrina degli scrittori e dalla giurisprudenza.

Di grande importanza sono pure le azioni di denuncia di nuova opera e di danno temuto, come rimedi di conservazione e d'urgenza, destinati eziandio a spandere nel sistema delle utilità sociali un benefico effetto. Ma anche nell'esercizio delle medesime non rade e non lievi sorgono le complicazioni di diritto e di procedura.

Già nel 1840, avvisando di far cosa non affatto inutile, io pubblicava un lavoro sulle *azioni possessorie;* e fu la benevola accoglienza fatta a questo tenue frutto de' miei primi studii, che m' incoraggiò alla prova di dargli più estesa e meno imperfetta forma.

Accintomi all'opera con questo intendimento ho tentato di penetrare e di svolgere la teorica di dette azioni con quel maggiore corredo di nozioni scientifiche e pratiche, che consentivano altre gravi occupazioni e le mie poche forze. E dato così un più largo sviluppo al tema, accolsi l'idea di una seconda edizione, colla lusinga, forse soverchia, di cooperare in qualche modo alla esplicazione razionale di una parte di diritto, che racchiude un rilevante elemento d'ordine e di bene sì privato che pubblico.

Ecco pertanto la ragione di questo volume nel quale il giureconsulto ed il giudice trovando, se non altro, raccolte idee e cognizioni attinte da varie autorevoli sorgenti, avranno il vantaggio dell'economia del tempo.

Digitized by Google

PARTE PRIMA

DELLE AZIONI POSSESSORIE

Digitized by Google

Digitized by Google

PARTE PRIMA

DELLE AZIONI POSSESSORIE

TITOLO PRIMO

DEL POSSESSO E DELLE AZIONI POSSESSORIE IN GENERALE.
CENNI STORICO-LEGALI.
AZIONI POSSESSORIE SECONDO LA VIGENTE LEGISLAZIONE.

CAPO PRIMO

Del possesso e suoi rapporti colla proprietà e coi rimedi possessorii.

§ I.

1. Il possesso, considerato in sè ed indipendentemente dalla proprietà, è cosa di puro fatto che si rivela nell'esercizio di atti fisici e palesi, manifestanti generalmente l'idea del dominio. Come condizione e postulato di diritti racchiude i germi di utili risultati giuridici; ma, se può presentarsi ed essere considerato quale un' espressione del diritto, non è però il diritto stesso.

Nella giurisprudenza romana il possesso era definito: *Detentio rei corporalis animo dominantis* (1). Per conseguenza le sole cose corporali potevano essere propriamente oggetto di possesso. Ma, sentendosi nella pratica il bisogno di estenderne il concetto, si inventò un possesso improprio, un *quasi possesso* delle cose o

(1) La definizione è di TEOFILO. — L'etimologia del possesso, secondo LABEONE citato da PAOLO nella *Leg.* I, *Dig. de acq. vel amitt. poss.*, deriva dall'azione di occupare corporalmente un sito: *Possessio appellata est a sedibus, quasi-positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.*

Digitized by Google

diritti incorporali, per rapporto specialmente alle servitù prediali. E questo quasi possesso si fece consistere non più nel fatto di una detenzione corporale, sibbene nell'esercizio di un diritto *in re aliena*.

Gli antichi, colle loro sottili investigazioni dell'intrinseca natura delle cose, circoscrivevano pertanto il significato del possesso all'azione dell'uomo sulla fisica materia, non considerando che vi erano anche materie esprimenti l'idea della ragione, a cui poteva riferirsi il possesso, senza che venisse a mancare il rapporto sostanziale che unisce l'uomo agli oggetti. Presa anche per base del possesso la *detenzione*, può invero l'espressione non impropriamente estendersi al godimento di un diritto speciale, all'esercizio cioè del diritto stesso mediante la pratica degli atti, che gli sono inerenti e proprii. Epperciò li moderni legislatori, contemplando il possesso nella sua vera e razionale essenza e nei suoi rapporti pratici, ne unificarono il concetto e fecero scomparire la distinzione di cose corporali e incorporali. E il Codice Civile italiano dichiarò quindi a sua volta, essere il possesso *la detenzione di una cosa* o *il godimento di un diritto, che uno ha o per sè stesso, o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui* (1).

2. Ciò premesso, il possesso, come cosa di mero fatto, che

(1) Nella *Giurispr. ital*, vol. XXVII, 4, 64, *diritto controverso*, (*) dopo essersi riprodotta la definizione, di cui all'art. 685 del Cod. Civ. ital., si fanno le seguenti osservazioni: « In questa definizione amiamo sostituire alla parola *godimento* l'altra *esercizio*, che del resto equivale, ma risponde meglio al tecnicismo della scienza ed alle ultime parole dello stesso articolo. A noi sembra che i due termini sostanziali dell'articolo — *detenzione di una cosa* — *esercizio di un diritto* — non si abbiano a considerare come alternativi, sì invece come comulativi. Quando il possesso è di cosa individualmente determinata, vi ha sempre esercizio di un diritto, *proprietà, usufrutto, uso, pegno, locazione, ecc.*, ed una cosa su cui l'esercizio del diritto cade. Il diritto è l'obbietto immediato, la cosa l'obbietto mediato del possesso. Ma perchè vi sia vero possesso il diritto si deve esercitare, la cosa si deve detenere in nome proprio: esercizio del diritto, detenzione della cosa in nome altrui non costituiscono possesso, ma soltanto una pura e materiale detenzione. *Nec idem est*

(*) NB. Per *Giurisprudenza italiana*, che occorre di frequenti citare, s'intende la raccolta delle decisioni cominciata dal Bettini, continuata da Giuriati, e ultimamente dietro un più largo programma, da altri dotti giureconsulti, ecc.

Per *La Giurisprudenza*, che pure è assai spesso citata, s'intende a vece la scelta raccolta, che si pubblica a Torino.

Digitized by Google

si traduce in una serie d'atti esteriori, si presenta alla considerazione sotto tre diversi aspetti o rapporti, cioè:

I. Come fatto puramente materiale o corporale, indipendentemente da qualsiasi vincolo o carattere legale e dall'idea dell'esercizio di un diritto.

Questo possesso costituendo la nuda detenzione della cosa, senza l'intenzione di sottoporla al proprio potere, non produce per sè alcun effetto giuridico. E se al detentore, espulso colla violenza o con mezzi occulti, è permessa la conservazione e la difesa di tale possesso, ed è persino lecito di respingere colla forza gli atti aggressivi, purchè *ex continenti*, ciò deriva da gravi ragioni d'ordine pubblico, e nell'ordine privato dal principio di legittima difesa (1).

II. Come un fatto, che è la conseguenza e la manifestazione di una giusta causa o titolo; od, in altri termini, come un fatto, in cui s'incarna e si esplica un diritto preesistente. V'ha in tal caso il vincolo giuridico che lega il fatto del possesso al *jus possidendi*, il quale avrebbe un'esistenza astratta e virtuale, ove non venisse realizzato con atti sensibili. Questo possesso non è dunque che la estrinseca palese affermativa e l'utile attuazione del diritto di possedere.

III. Come un fatto giuridico, il quale, astrazione fatta di

possidere et alieno nomine possidere, nam possidet cujus nomine possidetur: procurator alienæ possessioni præstat ministerium (*Leg.* 18 pr., *Dig. de possessione*, 41, 2; cap. 47; *De præscript.*, 11; cap. 9 *De restit. spoliat.*). Che si possa acquistare ed esercitare il possesso per terza persona, non se ne può dubitare in diritto romano per espressi e chiarissimi testi che ne abbiamo. Non se ne può dubitare per il Codice Civile, che dice poter uno avere il possesso *per mezzo di un altro, il quale detenga la cosa, od eserciti il diritto in nome di lui.* Ed è osservabile che quando si esercita il possesso per mezzo di un terzo, la detenzione materiale della cosa di necessità resta presso il terzo medesimo. Ma il vero possessore è colui che possiede in nome proprio e malgrado il terzo col cui mezzo lo esercita; il vero e proprio possesso giuridico non esiste che in lui. La distinzione tra possessore e mero detentore è più volte accennata dal Legislatore, e specialmente è rilevata nell'art. 439 del Codice Civile. »

(1) ZACHARIA, vol. I, § 184, osserva, chiamarsi il possesso, sotto questo punto di vista, più particolarmente *detenzione*, per indicare quel fatto che alcuni giureconsulti chiamano pure *possesso naturale*, onde evitare qualsiasi equivoco.

Digitized by Google

un qualsiasi preesistente diritto, può per se stesso produrre utili effetti legali ed anzi creare la proprietà, mercè la legge che dà al possesso prolungato la virtù di generare un diritto reale, quando vi concorrono determinate condizioni, atte a conferire al possesso la qualità caratteristica del dominio.

§ II.

3. Un dotto scrittore (1), trattando del possesso secondo la romana giurisprudenza e nei rapporti colle azioni possessorie, ne svolge i principii colle seguenti considerazioni:

« Il possesso civile si considera sotto due aspetti, o come atto di appropriazione giuridica, cioè qual presa di possesso valevole all'istante contro chiunque non abbia sopra le cose un diritto migliore; o come pratica continua e prolungata in relazione ad una presupposta appartenenza di diritto, che pel fatto stesso del suo lungo e pacifico esercizio diventa probabile. Come atto di appropriazione giuridica, il possesso è un fatto istantaneo; come argomento e presunzione di buon diritto, è una serie continua di fatti ripetuti sempre nel medesimo senso, una pratica, un esercizio.

« Ora è da sapersi che la giurisprudenza civile romana considerava nel possesso d'immobili il solo elemento *appropriativo*, trascurato affatto il *presuntivo*. Il possesso di un fondo s'acquista coll'occupazione propria, o colla tradizione che è ancora un'occupazione, benchè derivata da un precedente occupante. — Così acquistato con un fatto certo ed istantaneo, il possesso appropriativo si continua da se medesimo nella stessa persona *(animo retinetur)*, nè si perde per un'occupazione di un terzo, avvenuta clandestinamente o violentemente; a meno che il *dejectus* non promuova nel breve termine a ciò stabilito la sua reintegrazione di fatto (interdetti possessorii *quod vi aut clam, unde vi*); tuttavia, anche preso clandestinamente o violentemente, il possesso diventa

(1) PESCATORE, *Filosofia e Dottrine giuridiche*, pag. 373 e seguenti.

Digitized by Google

all'istante giuridicamente valevole contro i terzi, cui il fatto non riguardi: come, purgato il vizio, sarà valevole anche in riguardo al precedente possessore spogliato. Ora bisogna vedere come, posti i principii, i giureconsulti romani con un rigore di logica pari alla ricchezza delle applicazioni, abbiano saputo stabilire un tal magistero di regole *certe* sul possesso civile e sui modi di acquistarlo, di conservarlo, di trasferirlo e di perderlo, che sorgendo in qualunque tempo e in qualsiasi complicazione di contingenze la contestazione sul punto, *chi fosse il possessore attuale,* lo si poteva determinare con precisione (interdetti *uti possidetis*); nè altra controversia si ammetteva, fuorchè quella sul *possesso attuale;* perocchè, stabilito questo, il convenuto *(possessor)* aveva diritto di ritener la cosa finchè l'avversario *(petitor)* non avesse dato in giudizio di rivendicazione *la piena prova del suo dominio;* inutilmente egli avrebbe provato un possesso precedente più lungo, e, per ogni rispetto di giustizia, migliore; la giustizia e l'equità dovevano cedere dinanzi al rigore della primitiva disciplina giuridica.

« In questa, come nelle altre parti del diritto, si rivelano il genio ed il magistero della giurisprudenza romana. S'inizia in ogni parte quella giurisprudenza con un rigido dualismo tra lo stretto diritto e l'equità naturale. Il diritto è chiuso in poche formole, e respinge tuttociò che non sia in esse, o non se ne possa dedurre a rigore di logica. Pare che un tale *jus* dovesse avere la vita di un giorno e spegnersi soffocato dai progressi della vita civile e dal senso invincibile della giustizia, che inspira l'umanità. Ma il contrario è accaduto. Gli è che nel seno di quel *diritto* operavano concordi (e non so come) due principii che paiono incompatibili, cioè a dire la logica più severa, sterile di sua natura, ed una virtù organica, feconda, assimilatrice. I primi Romani, vincendo i nemici, non li distruggevano; ne facevano altrettanti cittadini, trasportandoli nella città, compenetrandoli del loro spirito, informandoli alla loro disciplina. In simil guisa il diritto, combattendo l'equità naturale, insensibilmente però se ne assimilava i precetti ed aggrandiva progressivamente il proprio regno, senza scomporlo, senza alterarne le leggi, la costituzione fondamentale, la *logica*. Fu questa

Digitized by Google

la meravigliosa virtù di un potente organismo giuridico; fu insomma il magistero di un genio creatore di un'arte immortale. La giustizia e l'equità prevalsero poco a poco sopra la rigida lettera del diritto; ma rimase la *juris ratio;* la giustizia e l'equità furono trasportate nel regno del diritto e ne assunsero le forme e le leggi: il *senso* della giustizia e dell'equità fu trasmutato in *ragione giuridico-civile* (1).

« Tornando (aggiunge il medesimo) al nostro speciale argomento, io dico, che mantenere a primo tratto, e sino a ragione conosciuta, in possesso colui che possiede attualmente *(tempore litis contestatæ)*, sta bene; e la ragione naturale approva pure che nel successivo giudizio di rivendicazione *(petitorio)* s'indirizzi la prima e principale ricerca a determinare possibilmente *chi sia il vero ed assoluto proprietario;* ma se nessuno dei contendenti riesce a provare il dominio, la ragione naturale consiglia di aggiudicare il godimento della cosa a quello che abbia fornito prove più certe e caratteristiche di un possesso civile prevalente sulle prove e sul possesso contrario per più giusta origine, per durata più lunga, per titoli e documenti, e migliori, insomma per ogni rispetto di naturale giustizia. »

Poscia lo stesso autore ragiona del quasi possesso dei diritti introdotto, come già si osservò, dalla giurisprudenza romana, costretta dalla pratica ad estendere il concetto del possesso alle cose incorporali, e così a farlo consistere non più in un fatto istantaneo, ma sì nel continuato esercizio di un determinato diritto in *re aliena*, come nelle servitù, a scienza e pazienza del proprietario *(usu et patientia)*, rendendo per tal modo completo il valore giuridico del possesso per la congiunzione dei due elementi, *appropriativo* e *presuntivo*, espressi nella formola moderna che definisce il possesso — detenzione della cosa *animo sibi habendi* (appropriazione), ed esercizio e godimento di un diritto speciale colla pratica costante degli atti, che ne sono proprii (elemento presuntivo emergente dalla costanza stessa del fatto).

(1) PESCATORE, *Logica del Diritto*, parte I, capo VIII.

Digitized by Google

§ III.

4. Secondo il sistema di Savigny, il possesso nel diritto romano si presenta dapprincipio come un puro fatto; ma questo fatto, assumendo in progresso un carattere giuridico, finisce per presentarsi, se non come l'effetto di un diritto, come causa e condizione di diritti.

Al possesso, disgiunto dalla proprietà, si attribuiscono due effetti, l'*usucapione* e gli *interdetti*. Rispetto all'usucapione il possesso si considera come fondamento della proprietà indipendentemente da ogni altro rapporto di diritto; e rispetto agli interdetti, la cui ragione è fondata sopra atti ingiusti per la loro forma, il possesso può pur essere fondamento di diritti, senza riguardo alla sua legittimità. — Il concetto degli interdetti consiste nella difesa del possesso, *perchè possesso;* lasciata ogni indagine circa ai palesi rapporti con altri diritti od istituti.

Nell'usucapione e nella tradizione lo scopo è certamente la proprietà, ed il possesso ne è la causa; ma ciò non toglie al possesso l'indole di un puro fatto, tale cioè di *sua natura*, ma equivalente ne' suoi effetti ad un diritto, per le attribuitegli conseguenze giuridiche.

La detenzione poi, divenuta sotto determinate condizioni un mezzo di acquisizione della proprietà per via dell'usucapione, viene designata, nella giurisprudenza romana, col nome di *civilis possessio*. — È a vece chiamato *naturalis possessio* ogni possesso non ancora arrivato al grado di relazione giuridica. — E per riguardo agli interdetti la detenzione si dice semplicemente *possessio*. — Ogni altra detenzione chiamasi ancora *naturalis possessio* per contrapposto al possesso interdittale, e per designare i rapporti naturali della persona colla cosa, astrazione fatta di ogni rapporto giuridico.

Da questo sistema ne deriva che il possesso ha due giuridici significati, ma che un solo possesso giuridico esiste, il quale è il subbietto degli interdetti, e può divenirlo dell'usucapione, concorrendovi le volute qualità e condizioni.

Digitized by Google

Il possesso interdittale, *simpliciter possessio,* resta contenuto nell'altro; giacchè un possesso, che abbia le condizioni volute per l'usucapione, le ha molto più per gli interdetti; e così pure la materiale detenzione è sempre compresa nella *naturalis possessio,* come questa lo è nel possesso giuridico (1).

Per l'acquisto del giuridico possesso il romano diritto richiedeva il concorso di due essenziali condizioni, concisamente esposte da Paolo (2) « *Adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore.* » Il possesso però acquistato per tal modo poteva conservarsi colla sola intenzione, sino a che altri non avesse alla sua volta cominciato a possedere la stessa cosa col concorso delle dette due condizioni (3).

Le caratteristiche qualità del possesso, necessarie a dargli giuridica essenza ed effetti, erano designate con espressioni di

(1) *Del possesso,* sez. II, §§ 3 e seguenti. In ordine all'ultimo stato dell'antica dottrina sul possesso civile e sul possesso naturale, vedasi POTHIER, *Trattato del possesso,* cap. I, art. 2.

(2) *Leg.* 3, § 1; *Leg.* 8; *Leg.* 34, *Dig. de acq. poss.*

(3) Il possesso può perdersi colla sola volontà (*Leg.* 8; *Leg.* 10; *Leg.* 17; *Dig. de acq. vel amit. poss; Leg.* 4 *Cod. eod. tit.*).

Il FABRO osserva, non potersi *solo animo retineri possessio, nec civilis quidem, nisi quamdiu libera est corporalis etiam possessionis apprehentio, nemine scilicet alio possidente* (Cod. Def. 1, lib. 7, tit. 7, *De acq. vel amit. poss.*).

Vi era poi l'antico costituto possessorio, che aveva per effetto di *transferre vere et proprie possessionem in constitutorium;* e la cui clausola riputavasi annessa ad ogni contratto. « *Constituti clausula.... licet fictitius modus sit transferendæ possessionis, verum tamen et realem transfert, nec civilem tantum, sed etiam naturalem.* FAB., Cod. loc. cit.; *Leg.* 18; *Dig. de acq. poss.; Prat., Leg.,* par. 2, tom. 3, pag. 158. »

Le *Regie Costituzioni Piemontesi del 1770,* lib. 5, tit. 16, § 8, stabilivano, doversi avere per apposta in tutti i contratti e disposizioni di ultima volontà la clausola del costituto possessorio; e ne nasceva la ragione di invocare la tutela dei rimedi possessorii sui beni del debitore, che non si curasse di adempiere le proprie obbligazioni.

Il *Codice Albertino* stabiliva coll'art. 2146 analoghe disposizioni all'unico effetto però di attribuire l'azione possessoria sui beni del debitore finchè erano da lui ritenuti, per la soddisfazione del creditore coi mezzi di esecuzione dalla legge prescritti. — Queste limitate disposizioni non avevano ragione di essere, bastando quelle del successivo articolo a garantire il creditore. — E invero statuiva esso che i beni del debitore costituissero la garanzia comune dei di lui creditori, quando non vi fossero cause legittime di prelazione, derivanti dai privilegi e dalle ipoteche; e non si poteva poi agire sugli immobili del debitore che in via esecutiva per aggiudicazione o subasta.

Digitized by Google

concetto negativo, doveva cioè tenersi *nec vi, nec clam, nec precario*. E certamente il possesso non può apparire come la conseguenza del diritto e tanto meno essere capace di crearlo, se presentasi affetto da vizi di *precarietà*, di *clandestinità* o di *violenza*. Il primo di questi vizi pone il detentore nell'impossibilità legale di elevare alcuna pretensione alla proprietà od al possesso (1); e li altri due neutralizzano, mercè una presunzione contraria, quella derivante dal solo fatto del possesso.

L'attuale legislazione determina in modo più positivo, ed in rapporto alla esteriorità del possesso, le condizioni richieste a renderlo legittimo, stabiliendo, dover essere *continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco, e con animo di tenere la cosa come propria*. Con questi caratteri, estrinseci e visibili, il possesso si rivela colla forza di una manifestazione esterna di dominio, senza che possa però mai confondersi colla proprietà. E invero questa conferisce un titolo assoluto sulla cosa, mentre il possesso non attribuisce che un semplice diritto relativo, un diritto che, se si mantiene a guisa della proprietà di fronte a chi non abbia possesso o ragione prevalente, riesce però impotente e nullo in faccia al proprietario conosciuto.

Il possesso quindi, anche scompagnato dalla prova della proprietà, attribuisce, secondo i principii di ragion naturale, al possessore, in confronto di chi lo molesti senza prevalenti ragioni, il diritto di possedere: *Qualiscumque enim possessor, hoc ipse quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet* (2).

In un giudizio di rivendicazione primo estremo dell'azione è la proprietà della cosa che si vuole rivendicare. Questa esclusa, il possessore, anche illegittimo, ha perciò il diritto ad essere assolto, non perchè abbia ragione a mantenersi nel possesso, ma *ex non jure actoris*, mancando questi di azione per molestarlo (3).

(1) Nel diritto romano si diceva, rispetto alla detenzione di beni in nome altrui, e così a possessori cui mancava il *jus possidendi*, che *aliud est esse in possessione, aliud est possidere. (Leg.* 10, *Dig. de acq. vel amitt. poss.)*.

(2) PESCATORE, *Filosofia e Dottrine giuridiche*, pag. 367.

(3) *Cassaz. di Torino*, 14 dicem. 1870; *Giur. ital.*, vol. XXII, I, 956.

Digitized by Google

Nello stato normale delle cose procedendo del resto il possesso di conserva col dominio, ne deriva per logica conseguenza la presunzione di proprietà al possessore; e il legislatore ne consacrò appunto il principio, dichiarando presumersi sempre che ciascuno possieda per se stesso ed a titolo di proprietà, quando non si provi che abbia cominciato a possedere in nome altrui (art. 687).

E questa presunzione, che è il solo effetto prodotto immediatamente e per se stesso dal possesso, può essere assoluta o relativa, secondo la diversa natura delle cose possedute e la durata e modo del possesso. In tutti i casi è però sempre *Melior conditio possidentis;* ed *in pari causa possessor potior haberi debet* (1).

§ IV.

5. Romagnosi (2) diede al possesso giuridico un concetto convenzionale, fondato sulla volontà; considerandone l'esercizio come indicativo di un diritto ceduto dal vero primo padrone ed acquistato dal nuovo possessore, e conseguentemente come la espressione della morale facoltà costituente le basi del diritto medesimo.

Osserva a tale oggetto che gli atti materiali del possesso non producono alcuna ragione per se stessi, ma solo pel presunto concorso della scienza e pazienza delle persone, che possono avere un interesse in contrario. In questo caso il possesso corrispondendo ad una prova di consenso può equivalere a quella di un diritto.

Come poi gli atti di possesso, nel caso non siano l'effetto di una precedente espressa convenzione, possano rendersi rappresentativi di un consenso, gli è agevole a concepirsi, considerandoli esercitati palesamente e senza contraddizione, a titolo di padronanza. — Questo possesso contiene invero tutti gli elementi, che sono necessari a far presumere un' adesione al di lui esercizio per parte di chi può avere un interesse contrario.

(1) *Leg.* 128, *Dig. de reg. jur.; Leg.* 2, *Uti possidet.*
(2) *Della condotta delle acque,* par. 1, lib. 2, cap. 2, Sez. I.

Digitized by Google

Si può almeno, prosegue il Romagnosi, per presunzione far equivalere il fatto di questo possesso ad una stipulazione ed accettazione libera. Questa tacita stipulazione si fa per via di atti ripetuti. Con questi atti il possessore domanda ogni volta al padrone se voglia accordargli d'impadronirsi della cosa, su cui gli atti esercisce. Se, dopo interrogatorii così ripetuti per un dato tempo, la persona interessata e che potrebbe realmente contraddire non contraddice, in tal caso si presume prestare il suo consenso, ed il trattato è finito.

Perciò il solo fatto materiale del possesso non può equivalere ad un diritto e produrre effetto legale, se non veste la natura di un tacito contratto pel concorso di due volontà, del possessore cioè che chiede di impadronirsi della cosa, e del padrone che vi consente col suo silenzio. — E le condizioni imposte dalla legge all'esercizio del medesimo, onde legittimarlo, tendono appunto a costituire e a dimostrare, almeno per presunzione, il fatto di una simile contrattazione.

Questi principii trovano evidentemente la loro applicazione non solo al possesso, che serve al definitivo ed assoluto acquisto di un diritto, ma anche a quel possesso che la ragione di naturale difesa protegge solo in via provvisoria, e che può essere tolto a causa conosciuta.

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Delle azioni possessorie in generale. Indole caratteristica ed effetti. — Confronto del possessorio col petitorio.

---

§ I.

6. Il possesso potendo, come si è osservato, produrre utili conseguenze giuridiche, in determinate condizioni, indipendentemente da ogni considerazione di proprietà, ne derivarono le azioni possessorie, chiamate dal Romagnosi *la ragione tutelare del possesso*.

La legge e la giurisprudenza riguardano il possesso come lo stato estrinseco ed apparente della proprietà e conseguentemente come una specie di posizione giuridica, che vuolsi rispettare e difendere, sia nei rapporti generali quale guarentigia d'ordine e di tranquillità, e sia nei rapporti privati per la presunzione del diritto e per l'importanza de' suoi effetti. Un dotto scrittore qualificò il possesso *un posto avanzato nella via della proprietà*.

Non devesi però esagerarne il concetto e accettare l'opinione di coloro che sostengono, essere la proprietà il vero oggetto del possesso, considerandolo sotto l'aspetto di un permanente rapporto colla proprietà stessa. Con questo astratto modo di apprezzamento si esclude il principio d'ordine e la ragione della difesa dei diritti proprii del possesso, e così i motivi che indussero il legislatore ad attribuire al possesso, per se stesso ossia pel suo stato di fatto, un'essenza giuridica e ad accordargli una protezione distinta e diversa da quella che risguarda la proprietà.

Digitized by Google

Il turbamento ai possessi costituisce un disordine, lo sconvolgimento cioè di uno stato giuridico di cose, che, quantunque solo apparente, devesi mantenere fino alla compiuta dimostrazione della ragione contraria. — Sia pure che il legislatore abbia avuto il remoto intendimento di proteggere nel possesso la proprietà; è però certo che vedendo come alla ricerca della proprietà, ente di ragione anzichè fatto apparente, occorrono molte e lunghe indagini, riconobbe, doversi nel sistema tutelare preferire l'apparente ragione, che emana dal fatto del possesso, alla stessa ragione intrinseca della proprietà. La legge in sostanza, considerando il possesso come qualche cosa di inviolabile che essa protegge, lo eleva al grado di un diritto, anche considerato per sè solo.

7. La necessità di protezione del possesso si sentì nella giurisprudenza romana, appena che, per lo svolgersi delle relazioni e dei bisogni sociali, i concetti del possesso e della proprietà, i quali formavano un solo tutto nell'ordine delle idee e dei fatti, cominciarono a divellersi e ad assumere una propria e distinta forma; e giunse così il possesso a costituire e ad esprimere una qualche cosa giuridica, che non era più un nudo fatto, ma un *quid facti* ed un *quid juris*. Di qui gl'interdetti pretoriani, che obbedendo alla necessità dei progressi sociali si dilatarono ampliando la propria circonferenza, senza mai smuovere il centro. Il diritto canonico li portò poscia a maggior perfezione, mediante le modificazioni e i temperamenti richiesti dalla progredita civiltà dei tempi. — E infine le moderne legislazioni diedero all'istituzione quella semplicità e quella precisione di forme, che si addicono alla sua essenza ed al suo fine, riducendo i rimedi possessorii alle azioni di *manutenzione* e di *reintegrazione*.

Queste due azioni traggono la loro forza ed efficacia dall'indole caratteristica del possesso e dal grado stesso di sua violazione. Esse tutelando questo possesso dagli attentati arbitrarii, dagli atti turbativi o di spoglio, porgono un mezzo di riparazione a due differenti modi di offesa recata a due pure diverse ragioni. E, conformemente al loro distinto oggetto e scopo, vediamo il concetto pratico svilupparsi in maniera semplice, determinarsi con argomenti di mero fatto e rifiutarsi alle investigazioni di

Digitized by Google

diritto ed alle lunghe discussioni. E quindi anche la necessità della separazione del giudizio possessorio dal petitorio, avendo l'uno basi e intenti diversi dall'altro, e dovendo per conseguenza avere trattazioni distinte per qualità e per mezzi (1). La legge, a conseguire gli intendimenti di efficace e pronta tutela dei possessi, ha dovuto disgiungere, *contra juris rationem*, i due giudizii, rendendo il possessorio, in determinati casi e condizioni, indipendente dal petitorio, come verrà meglio dimostrato in progresso.

Pescatore (2) osserva a tale oggetto, che l'istituto delle azioni possessorie, attribuite ad una giurisdizione speciale incompetente a giudicare del petitorio, è una creazione artificiale della legge, in quanto che, a tenore della ragione giuridica naturale, il possessorio non è che una specie di decisione provvisoria, valevole sino a decisione definitiva, e le decisioni provvisorie e definitive appartengono per propria natura ad una sola e medesima giurisdizione; ma che, per motivi di interesse privato e d'ordine pubblico, si derogò al *gius* comune, attribuendo, *jure singulari*, la cognizione dell'azione possessoria ad una giurisdizione locale.

8. Troplong (3), parlando delle azioni possessorie, osserva, che la proprietà è un diritto spesse volte oscuro. Può accadere che sia contrastato da molte persone, che adducano rispettivamente pretensioni plausibili del pari. Per metterle d'accordo bisogna consultare titoli contrari, affrontare gravi e difficili questioni, ingolfarsi in lunghe ed ardue controversie. In questo frattempo che cosa accadrà del possesso? — Rimarrà esso vacante? — Ma l'interesse pubblico richiede che le terre sieno coltivate e non si lascino improduttive. — Lo si lascerà in sospeso? — Ma esso suscita nell'animo umano una tanta avidità, che potrebbe trascinare i contendenti ad atti violenti ed anche all'effusione del sangue, per strapparselo l'un l'altro. È dunque necessario che si provveda al possesso sino a che non siasi giudicato definitivamente della proprietà ignota e contrastata.

(1) Borsari, *Comm. al Cod. Civ.*, art. 694.
(2) *Filosofia e Dottrine giuridiche*, pag. 354.
(3) *De la prescript.*, § 224.

Digitized by Google

Perciò la legge, frammettendosi, provvede alla sorte del possesso mentre si aspetta il giudizio, che deve determinare la sorte della proprietà.

In alcuni casi, osserva un altro autore (1), la conservazione o la restituzione può essere la immediata ed unica guarentigia della proprietà. Per esempio, in molte questioni di usurpazione di confini, i titoli appaiono cotanto oscuri e dubbii, che il giudice, a risoluzione della controversia, non può altrimenti fondare il suo convincimento che nel fatto del possesso. In questi casi il possesso, il quale sovente è una presunzione di proprietà, diviene il palladio della proprietà stessa. La difesa del possesso si identifica allora con quella del diritto che manifesta, e del quale è divenuto l'unica prova e l'ultima guarentigia. Se il possesso in simili casi non godesse di una protezione legale, se potesse essere abbandonato all'arbitrio di sorprese e di violenze, non solo la proprietà sarebbe paralizzata nel suo esercizio, minacciata nella sua conservazione futura, ma anche immediatamente compromessa nella sua esistenza, nel senso che un semplice spostamento di possesso cambierebbe i risultamenti del giudizio petitorio. Il proprietario spossessato, il quale, in siffatto caso, intentasse una lite sul merito del diritto, prima di aver fatto riconoscere e ristabilire il suo possesso, correrebbe rischio, per questo solo motivo, di perdere anche la sua proprietà.

Fu quindi provvida la legge nella sua determinazione di fare del possesso un subbietto giuridico, e di tutelarne l'inviolabilità; con estendere anche, in certi casi, la sua protezione al possesso considerato nella sola sua attualità. — Oltre alla ragione della difesa del possesso per se stesso, v'ha, in tali casi, il motivo d'ordine che non tollera fatti, che compaiano sotto l'aspetto di una usurpazione perpetrata coll'inganno o colla violenza.

E dalle due accennate azioni nascono per conseguenza due giudizi affatto distinti per oggetto e scopo, quello di manutenzione, in cui si richiede la prova nel possesso di qualità, che presuppongano il *jus possidendi;* e quello di reintegrazione, in

(1) Pariru — *V.* Scialoia, *Az. poss.*, pag. 364.

Digitized by Google

cui basta la prova di un qualsiasi possesso. E gli effetti sono pure diversi; giacchè nel primo i risultamenti hanno una vera ed efficace importanza giuridica in ordine all'indole legale del possesso ed alle conseguenze; e nell'altro, che si svolge senza indagini sulla natura del possesso, non si fa che rimettere le cose allo stato che precedette lo spoglio, lasciando intatte le stesse ragioni del possesso in via di manutenzione (1).

§ II.

9. Gli interdetti si consideravano personali nel diritto romano (N. II); e Savigny li colloca nell'ordine delle obbligazioni, facendo però un'eccezione per alcuni, in ispecie per l'interdetto *Quorum bonorum*. La causa dell'obbligazione è il *maleficio*, personale di sua natura; e più compare (esso osserva) la gravità di tale causa, più va dileguandosi la causa reale, il *jus possessionis*. Sotto questo aspetto il possesso non entra che come un fatto occasionale, costituendo una specie di diritto, di cui la detenzione è l'occasione, non la causa.

(1) BERTOLOTTI (*Instit.*, tom. 4, pag. 482) esponendo i dettami della giurisprudenza antica designa i vantaggi, che derivano dall'esercizio delle azioni possessorie a preferenza di una immediata introduzione del giudizio petitorio, coi seguenti motivi:

1° Perchè siffatta specie di giudizi è regolarmente sommaria.

2° Perchè chi possiede non è generalmente tenuto a provare, od a produrre i titoli del suo possesso: *Leg.* 11, *cod. de petit. hæredit.; Leg.* 24 *de rei vindicat.*

3° Perchè mancando l'attore nelle prove, si dee assolvere il possessore: *Leg.* 18, *Cod. de rei vindicat.*

4° Perchè il possessore di buona fede acquista i frutti ricavati dal fondo pendente il possesso: *Leg.* 23 *princ., et* § 1; *Leg.* 48 *de adq. rer. dom.*

5° Perchè continuandosi il possesso nel modo stabilito dalle leggi, si fa luogo all'usucapione: *tot tit. inst. de usucap., et tit. de usurpat. et usucap. in dig.*

6° Perchè in caso dubbio, e di egual ragione, si preferisce il possessore al non possessore: *Leg.* 126, § 2, *et* 128 *de reg. jur.; Leg.* 1, § 1, *uti possidetis; Leg.* 24 *de rei vind.*

7° Perchè a chi possiede è lecito di sostenersi nel possesso anche colla forza: *Leg.* 1, § 27; *Leg.* 3, § 9; *Leg.* 17 *de vi, et vi arm.; Leg.* 1, *cod. unde vi.*

Digitized by Google

Le azioni possessorie istituite dalle odierne legislazioni devono, secondo alcuni, considerarsi essenzialmente reali pel loro oggetto e scopo, che è di conservare o di riavere illeso il possesso turbato o tolto; comparendo sempre il possesso come principio, condizione e fine, sebbene in modo diverso. Altri però fanno una distinzione per riguardo all'azione di reintegrazione, ritenendola puramente personale, *ex delicto*, siccome introdotta a sola repressione di una violenza, nell'interesse dell'ordine pubblico, anzichè a tutela di un diritto reale. E la Corte di Cassazione di Napoli (1) ebbe testè ad osservare, che la reintegranda, comunque partecipi delle azioni possessoriali, pure essa non dipende da una presunzione di proprietà, nè è a dirsi reale; ma quale azione puramente personale, derivante da un delitto e fondata sul principio, che chi commette un danno, deve ripararlo.

Si potrebbe però oggettare, che subbietto dell'azione di reintegrazione è pur sempre la protezione di un possesso. La legge, volendo per un eminente principio d'ordine reprimere un grave abuso in modo pronto ed efficace, non si ferma ad investigare la qualità del possesso; ma l'azione mira alla ricuperazione di questo possesso e compete al solo possessore. — E la misura di un'azione è pur sempre l'interesse di chi la promuove. Inoltre la legge chiama indistintamente *possessorie* le due azioni di manutenzione e di reintegrazione; e, se si chiede la definizione in genere delle azioni possessorie, si risponde essere quelle che derivano dal possesso, ed hanno per oggetto di tutelarlo giudicialmente (2).

10. L'indole giuridica poi delle azioni possessorie compare più chiara dal loro raffronto coll'azione petitoria, come può già pur desumersi dalle precedenti considerazioni. L'oggetto, invero, dell'azione possessoria è di puro fatto; comunque questo fatto deve presentarsi corredato di determinate condizioni; e per

(1) *Sentenza 29 luglio 1875; Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 924. — *V.* PRECERUTI, *Elementi di diritto civile*, n° 398. — DURANTON considera pure personale l'azione di reintegrazione, come una specie di azione *in factum*. Però nella legge Francese non era contemplata la reintegrazione specificamente tra le azioni possessorie, come verrà dimostrato nel capo seguente.

(2) Definizione tolta da detti *Elementi* di PRECERUTI, n° 394.

Digitized by Google

contro l'oggetto dell'azione petitoria consiste nello stabilire il titolo, ossia la causa del diritto. — Col possesso semplice non si comprende la causa morale, per così dire, del diritto, potendo tale possesso essere senza causa definitiva. — Può certo essere anche munito di titolo, ma è pur sempre vero che ciò non è compreso nell'essenza stessa del fatto, e che per conseguenza questo titolo ha da essere provato indipendentemente dal fatto del possesso, che la legge provvisoriamente protegge (1).

Da questa distinzione, che emana dalla diversa indole delle azioni possessoria e petitoria, ne viene che le sentenze nei giudizi possessorii, sebbene definitive nei limiti della loro sfera, non lo sono per riguardo al diritto originario e fondamentale, che compete all'una o all'altra delle parti contendenti. Rimane sempre la discussione propria del titolo definitivo del diritto, che può competere sia alla parte che possiede, sia a quella che non possiede.

Perciò il giudizio possessorio non è definitivo per rapporto all'aggiudicazione della proprietà, ma puramente provvisionale e presuntivo, simile quasi ad una provvidenza economica pronunciata per causa di pubblica sicurezza, salvi i diritti che realmente spettino alle parti (2). E non potrebbe essere altrimenti, fondato essendo il giudicato nel possessorio sopra una semplice presunzione di fatto apparente, che può svanire appena compaia il lume del titolo, e venga dal giudicato in petitorio definitivamente stabilito in quale delle parti contendenti risieda il diritto di proprietà.

(1) Secondo la *Prat. Leg.* il giudizio dicesi petitorio, *cum de rei proprietate est quæstio;* e dicesi possessorio, *cum de sola possessione est controversia.* — par. 2, tom. 3, pag. 365. — L'azione, che ha per oggetto la proprietà, è sempre petitoria, sia che il diritto di proprietà si provi con titoli, sia che si stabilisca colla prescrizione. Sotto la denominazione di azione possessoria si comprende nel moderno diritto soltanto quella, che ha per oggetto il provvisorio possesso.

(1) Romagnosi, *Condotta delle acque,* par. I, lib. 3, § 47.

Digitized by Google

CAPO TERZO

Cenni storico-legali sulle azioni possessorie.

SEZIONE PRIMA

Diritto romano e canonico.

---

§ 1.

11. La legislazione è un'opera di civiltà, che, continuando gli studi delle trascorse generazioni e inspirandosi alle idee ed alle norme che la precedettero, si svolge e progredisce coi tempi (1). E se giova sempre consultare, a rafferma ed esplicazione dei principii, l'elemento storico, ciò avviene particolarmente rispetto alle azioni possessorie, che, come ogni utile istituzione, si radicano nel passato.

Le azioni possessórie erano sconosciute nei primordii della legislazione romana, che solo ammetteva la rivendicazione, salvo al giudice di dare lungo il corso del giudizio quei provvedimenti interinali, che in ordine al possesso le circostanze avessero resi necessari.

Vennero in seguito introdotti gli *interdetti*, i quali non erano in principio che certe formole speciali, con cui il pretore proibiva ed ordinava qualche cosa. Essi venivano principalmente adoperati nelle cose sottoposte alla diretta sorveglianza dell'autorità; alla

(1) « Un Codice è al tempo stesso un sistema ed una storia, poichè vi si riflettono i lineamenti o la vita della nazione, resi più puri, più belli, più ordinati. » CESARE CANTÙ, *Stor. Univ., Legislaz.*, n° 1.

Digitized by Google

tutela, per esempio, delle cose di diritto religioso, come il tempio, o di diritto pubblico, come le strade, e i fiumi; e, in alcuni casi, si estendevano anche alle cose di interesse privato, massime quando il pronto intervento del pretore rendevasi necessario ad impedire contrasti violenti. La giurisprudenza romana, accomodandosi poi al lento e successivo svolgersi delle applicazioni della ragione umana ed alle cresciute esigenze dei tempi, allargò la sfera degli interdetti, che finirono per assumere la natura e la forma, poi sempre conservata, di vere azioni civili (1).

Vennero queste azioni anche designate col nome di *rimedi possessorii*, essendo il possesso il loro *principale* oggetto. Non erano però annoverate tra le azioni, che si dicevano *in rem*, sibbene fra le personali, quantunque il testo della legge lasci intravedere uno scopo reale. *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt* (2). Alcuni autori non dissimulando, essere generali le parole del testo e così riferibili a tutti gli interdetti, fecero tuttavia un'eccezione rispetto ad alcuni di essi, e in ispecie all'interdetto *Quorum bonorum*.

L'osservazione, che il possesso era l'oggetto *principale* degli interdetti, si fece per indicare che non era il solo, potendo persino la proprietà esserne lo scopo, almeno congiuntamente al possesso od in conseguenza del medesimo. — Così negli interdetti *De itinere, actuque privato, de locis sacris et religiosis*, — *De aqua quotidiana et æstiva*, il fondamento era il possesso, ma lo scopo era la proprietà; e vinceva appunto quegli che avesse dimostrato di avere il diritto a ciò che pretendeva (3).

12. Gli interdetti in via principale distinguevansi: 1° in proibitorii, restitutorii ed esibitorii (4), avuto riguardo al tenore dell'ordine di fare, di restituire o di esibire; 2° in semplici e doppi per riguardo alle persone cui era diretto il comando; i primi, cioè, erano quelli *in quibus alter actor, alter reus*, i

(1) *Instit.*, § 1 ed ult., *de interd.*; Cajo, IV, §§ 139, 141, 162, 165.
(2) *Leg.* 1, § 3, *Dig. de interd.*
(3) *Leg.* 2, § 2, *Dig. de interd.*; *Leg.* 3, § 12, *Dig. de itin. act. priv.*; *Leg.* 1, §§ 44 e 46 *de aq. quot. et æst.*
(4) *Instit.*, § 1, *de interd.*

Digitized by Google

secondi erano quelli a vece, nei quali era *par utriusque litigatoris conditio*, e ognuno sosteneva *tam rei, quam actoris partes;* 3° in temporanei e perpetui, per riguardo alla loro durata, secondo che dovevano o non essere esercitati nell'anno dal giorno in cui era nato il diritto, alla cui tutela erano destinati e servivano (1); 5° in possessorii e non possessorii, per riguardo al loro fondamento, secondo che erano, cioè, fondati, o non, nel possesso.

Gli interdetti possessorii si dividevano in tre classi, cioè in interdetti *adipiscendæ, retinendæ et recuperandæ possessionis* (2).

Gli interdetti *adipiscendæ possessionis* miravano a far acquistare il possesso di una cosa che prima non si aveva; e appartenevano a questa categoria gli interdetti *Quorum bonorum, Salvianum,* e *Quod legatorum.*

L'interdetto *Quorum bonorum* competeva all'erede universale, il quale aveva in tempo utile impetrato e conseguito la *bonorum possessio,* contro chi possedeva beni ereditarii *pro herede* o *pro possessore,* oppure aveva dolosamente cessato di possederli. Oggetto dell'interdetto era di obbligare quest'ultimo a dismetterne il possesso. Non poteva però tale interdetto aver luogo quanto alle cose ereditarie incorporali, non suscettive di vero possesso. E dopo la risoluzione della quistione possessoria potevano le parti far valere il loro diritto sulla eredità colla *hereditatis petitio* (3).

L'interdetto *Salviano* competeva al locatore di un fondo rustico pel conseguimento del possesso delle cose introdotte nel fondo medesimo, vincolate a garanzia del fitto, *pro mercedibus fundi* (4). E questo interdetto non aveva effetto che relativamente all'interinale possesso della cosa.

L'interdetto *Quod legatorum* spettava all'erede per conseguire

(1) In queste divisioni si ommettono le meno importanti in pratica, per es.: la distinzione in interdetti riflettenti le cose *divini juris* e le cose *humani juris,* in popolari e privati, in persecutorii e non persecutorii.

(2) *Instit.,* § 2, *de interd.*

(3) *Instit.,* § 3; CAJO, IV, § 144; *Leg.* 3, *Cod., Quorum bonorum.*

(4) *Instit.,* § 3, *de int.*; *Leg.* 1, *Dig. de salv. int.*

Questo interdetto venne in seguito esteso ai casi di pegnoramento non susseguito dalla tradizione, sotto la denominazione di *quasi Salviano.*

Digitized by Google

la restituzione delle cose, che formavano obbietto del legato e che il legatario aveva occupato contro la volontà di lui: *Ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi; etenim æquissimum Prætori visum est: unumcumque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis, sed ab herede petere* (1).

§ II.

13. Gli interdetti *retinendæ possessionis* avevano per iscopo il mantenimento del possesso attuale. — E tali erano l'interdetto *Uti possidetis* risguardante le cose immobili, e l'interdetto *Utrubi* relativo alle cose mobili (2). Differivano l'uno dall'altro anticamente, in quanto che nel primo si aveva solo riguardo all'attualità del possesso, al momento dell'azione, mentre nell'altro il possesso doveva avere durato la maggior parte dell'anno precedentemente al litigio. Siffatta differenza scomparve in seguito; cosicchè all'esercizio dei due interdetti furono apposte uguali condizioni, cioè da una parte si richiese il possesso attuale della cosa, accompagnato dall'*opinio domini* o dall'*animus sibi habendi*, immune dai vizi di violenza, clandestinità o precarietà di fronte all'avversario, e dall'altra parte la contestazione del possesso in modo da implicare una pretesa al medesimo; giacchè, se l'atto turbativo non racchiudeva alcuna simile pretesa, si faceva luogo ad altre apposite azioni, per esempio a quella della legge *aquilia*. Per l'esperimento infine dell'interdetto *retinendæ possessionis* vi era il termine perentorio di un anno, a partire dall'atto di turbamento (3).

Si considerava di grande importanza la sentenza sul fatto del possesso; poichè, oltre al materiale vantaggio del possesso per

(1) *Leg.* 1, *Dig. Quod legat.*

(2) Secondo che si contendeva *de fundi vel ædium possessione*, oppure *de rerum mobilium possessione.*

Instit., §§ 4 e 5, *de interd.*; *Leg.* 1, *Dig. Uti possidet.*; e *Leg. un. Utrubi.* Cajo, IV, §§ 149, 150.

(3) *Instit.*, §§ 4 e 5, *de interd.*; *Tot. tit. Dig. Uti possidet.*; *Leg.* 1 e 2, *Dig. Uti possidet.*; *Leg.* 1, *Dig. de interd.*

Digitized by Google

se stesso e del risarcimento, occorrendo, dei danni, essa imponeva al condannato la parte di attore in un giudizio di rivendicazione, ed era per conseguenza a di lui carico la giustificazione di sua pretesa; di modo che, se egli non somministrava la prova di sua proprietà, era all'avversario continuata la manutenzione in possesso, per questo solo difetto, ove anche non fosse stato proprietario (V. N. 4 e 8).

14. Si era dubitato, se, stando al testo delle formole pretoriane, alcuni degli interdetti *Retinendæ possessionis*, relativi a servitù, non fossero subordinati al possesso annale, gli interdetti in ispecie *De itinere actuque privato, de aqua quotidiana et æstiva* e *de fonte*, e ciò perchè nell'interdetto *de itinere actuque privato* si leggeva la formola; *Quo de itinere actuque privato, quo de agitur, vel via, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario, ab illo usus es; quominus ita utaris vim fieri veto.* Le quali parole *hoc anno* erano pure espresse negli altri due interdetti, colla modificazione *priore æstate* quanto a quello *De aqua æstiva.* Pareva in effetto, a prima vista, doversi desumere da siffatte formole la necessità di un possesso continuato per un anno anteriormente al fatto che dava luogo all'interdetto. Ma questa interpretazione fu condannata come erronea; ed Ulpiano dimostrò, non doversi l'*hoc anno* prendere alla lettera, sibbene come esprimente la esigenza di un possesso nell'anno, *modico tempore, idest non minus quam triginta diebus*, ed anzi, rispetto alla derivazione e condotta d'acqua, anche solo *una die vel nocte* (1).

La legge canonica poi, anteponendo il possesso più giusto al meno giusto, e presumendo più giusto il possesso più antico, arrecò sotto tale rapporto una modificazione nella giurisprudenza (2).

§ III.

15. Viene infine l'interdetto *Recuperandæ possessionis*, il cui obbietto è la ricuperazione di un possesso perduto; e a questa

(1) *Leg.* 1, § 2, *Dig., De itin. act. priv.;* e *Leg.* 1, § 4, *Dig., De aq. quot.*
(2) Cap. 9, *De probat.; Decret. Grat.*, par. 2, caus. 3, quest. 1, cap. III.

Digitized by Google

categoria appartengono gli interdetti *Unde vi, de precario, de clandestina possessione.*

L'interdetto *Unde vi* aveva luogo, *si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit*, contro l'autore della violenza e contro i complici; e non era ammesso che rispetto alle cose immobili, provvedendosi, riguardo alle cose mobili, coll'azione *furti*, o *de vi bonorum raptorum.*

Bastava all'espropriato per la reintegrazione nel suo possesso la naturale detenzione, la *nuda possessio, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.* — L'autore della violenza non poteva opporre che il possesso fosse vizioso, e neanche dimostrare i suoi diritti alla cosa; giacchè solo si ricercava se vi era stata violenza; *et hoc casu, rejecta quacumque exceptione, omnia in pristinum restituenda sunt,* fosse anche autore del fatto il padrone della cosa. Si colpiva il fatto della violenza; e poteva persino applicarsi la legge *julia* sulla violenza privata e pubblica (1).

La violenza però doveva essere grave; *Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest.* E nel tit. *Quod metus causa* trovasi spiegato il concetto della *vis atrox*, che sostanzialmente si richiedeva per far luogo all'interdetto (2).

Si qualificava per privata la violenza, se compiuta senz'armi; e si diceva pubblica, se perpetrata a mano armata. E nella denominazione di *armi* non solo si comprendevano *scuta et gladios, et galeas, sed et fustes et lapides* (3).

L'azione era pure tra quelle che dovevano essere proposte entro l'anno, a partire dal giorno dello spoglio (4).

Il canone *reintegranda* arrecando in alcune parti un temperamento, o piuttosto un'ampliazione al diritto romano, non vi derogò, ma lo rese soltanto più adatto ai bisogni sociali. E quindi vediamo esteso il rimedio dell'interdetto *Unde vi* anche alle cose mobili ed al quasi possesso delle cose incorporali (5).

(1) *Instit.*, § 6, *De interd.; Leg.* 1, §§ 6 e 7, *Dig., De vi et vi arm.* — *Decis. del Sen. di Torino 13 dic. 1740* — Causa Polenza contro Città di Cherasco.

(2) *Leg.* 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8; *Dig., Quod. metus causa gestum erit.*

(3) *Instit.*, § 6, *De interd.*

(4) *Leg.* 1, § 39, *Dig., De vi et vi arm.; Leg.* 2, *Cod. eod. tit.*

(5) *Can.*, 3 e 4, caus. 3, q. 1, cap. 18, *De rest. Spol.;* SOLA, *Comm. tit. de*

Digitized by Google

Il diritto canonico aveva per generale aforismo: *Spoliatus ante omnia restituendus*, essendo lo spoglio *iniqua privatio possessionis vel quasi, quomodocumque facta.* — E per l'esercizio di siffatta azione il termine utile di un anno, comune alle azioni di origine pretoriana, veniva protratto a più lunga durata (1).

L'interdetto poi *De precario* competeva a chi aveva rimesso ad altri una cosa a titolo di precario, all'oggetto di conseguirne la restituzione dal medesimo o dagli eredi.

16. L'interdetto infine *De clandestina possessione* dava ragione al possessore di un immobile, che ne fosse stato clandestinamente spogliato, di riacquistarne il possesso (2). Merita a tale oggetto speciale osservazione la legge che dice: *Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus: tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. Ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quæri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quæ solo animo tenetur* (3).

Lo spoglio clandestino venne giustamente equiparato, nella essenza e negli effetti, allo spoglio violento; e bastava eziandio per l'esercizio della relativa azione la *nuda possessio;* e non valeva a difesa dell'autore del fatto la sua stessa ragione sulla cosa. Laonde si identificarono i due fatti e le conseguenti azioni in un solo interdetto, *Quod vi aut clam,* il quale non ammetteva indagini sul diritto: *Non est quærendum utrum jus faciendi habuerit* (lo spogliatore), *sed solum an vi vel clam fecerit* (4). Si giudicò a ragione, doversi la dolosa insidia reprimere al pari della violenza.

rest. spol., n° 2, pag. 273. — SAVIGNY però pretende anteriore al diritto canonico l'estensione dell'interdetto alle cose mobili e alle incorporali.

(1) FAB., *Cod.*, lib. VIII, tit. III, def. I; RICHERI, *Cod.*, lib. IV, tit. XXVI, def. V.

(2) *Leg.* 7, § 5, *Dig.*, *Comm. divid.*

(3) *Leg.* 46, *Dig.*, *De acq. vel amit. poss.*

(4) *Leg.* I, *Dig.*, *Quod vi aut clam.* — *Decis. del Sen. di Torino, 13 dic. 1740* avanti citata.

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

Diritto patrio anteriore al Codice Civile italiano.

---

§ I.

17. La giurisprudenza romana, modificata dal diritto canonico, venne generalmente adottata; ed i prammatici introdussero la distinzione dei giudizi possessori in *plenario, sommario e sommarissimo;* voci queste che non si trovano in seno al diritto romano, ma che vennero adoperate nella giurisprudenza che precedette ai codici moderni, e può dirsi intermedia. La causa di questa distinzione di giudizi si fece derivare dalla diversità dei caratteri del possesso e degli attentati al medesimo, potendo il possesso, in determinate condizioni, avere più o meno importanza ed apparenza giuridica, e gli attentati essere anche più o meno riprovevoli. Il possessorio plenario si accordava nei casi, in cui il reclamante dimostrava di avere un possesso di più anni, atto ad indurre l'apparenza di proprietà. Non trattavasi in esso di un semplice fatto, ma di una specie di ragione, che si accostava al dominio; epperciò il giudizio richiedeva più matura cognizione di causa, che nel giudizio sommario, e confondevasi quasi, per gli effetti, col giudizio petitorio, aggiudicandosi il possesso a chi lo teneva da tempo più antico ed a migliore diritto dietro disamina anche e discussione dei titoli. — Però la sentenza di giudizio plenario non escludeva il diritto d'agire in seguito nel petitorio.

Della distinzione dei giudizii in possessorio sommario e plenario, così scrive il Menocchio (1): *Possessorium judicium duobus modis tractari solet, summarie et plenarie.*

(1) *De recup. poss.*, n° 24 a 35.
Prat. Leg., par. 2, tom. 3, pag. 190.
RICHERI, *Cod.*, lib. IV, tit. XXIII, def. II.

Digitized by Google

Summarie tractatur ex solo implorato judicis officio, ut eo casu, cum non discernitur, quorum alter contendentium sit in possessione de præsenti; nam ne ad arma contendentes veniant, providet judex prudens juxta lib. 13, § 3, de usufr.

Hac ergo justa ratione servari in praxi solet, ut summatim nulla mora interposita, cognoscatur, quorum alter ex contendentibus sit in possessione, ut in ea is tueatur, donec plenius fuerit cognitum.

Quam doctrinam, ut egregiam, recipiunt omnes: procedit enim in hac causa judex sine ordine judiciario, jubetque tantum colligantibus, ut deferant jura, quæ tunc habent, quibus summatim re cognita, statuat, quis actoris, quis rei in plenario possessorio personam sustineat: desumptaque est praxis ista ex leg. 27, §. fon. Dig., De liber. caus.

Per ottenere poi la manutenzione nel sommario o sommarissimo possesso, vocaboli che vennero anche dai prammatici usati ora promiscuamente, ed ora in modo distinto, dovevansi *duo extrema probari:*

1° Possessio, vel quasi, vel detentio de tempore motæ litis;

2° Turbatio, sive inquietatio ex parte adversarii, pro qua sufficit etiam solus timor turbationis, de quo dicitur constare per quamcumque molestiam et impedimentum, vel contradictionem judicialem (1).

Vi era pertanto tra il possessorio plenario e il possessorio sommario o sommarissimo una essenziale distinzione quanto all'indole ed agli effetti. Per quest'ultimo i provvedimenti miravano ad affidare il possesso ad una delle parti a puro titolo di deposito o sequestro giudiciale; mentre nel possessorio plenario stava la vera decisione sul possesso, considerati gli elementi, la qualità, la durata e le prove di fatto ed anche i titoli dei contendenti, salve sempre le ragioni in petitorio. — Poteva però il possessorio essere assorbito dal petitorio. *Solet,* dicevasi allora, *ut litium sumtus minuantur, cum de bono jure constat, posthabita possessorii quæstione, super meritis jus reddere: primum enim a secundo absorbetur* (2).

(1) Abeccl. *in addit. ad obs.* 188, n° 2, 3.
(2) *Prat. leg.*, ediz. ant., part. 2, tom. 3, pag. 203 e seg.

Digitized by Google

18. La distinzione tra il possessorio *sommario* ed il possessorio *sommarissimo* spicca specialmente nell'ultimo stadio della passata giurisprudenza, secondo la quale il possessorio *sommarissimo* comprende il solo possessorio *momentaneo;* ed anzi l'Abecclesia avverte che *Summarissimum possessorium non est proprie possessorium, sed improprie, cum in eo solum agatur de detentione.* E nelle conclusioni 26 aprile 1819 dell'uffizio dell'Avvocato Generale, emanate in causa Odetti c. Pasero, decisa dal Senato di Piemonte con sentenza 4 giugno 1819, si legge che sotto il nome di sommarissimo e momentaneo possesso vuolsi intendere l'ultimo stato di una cosa all'epoca, in cui taluno fu privato; motivo per cui il relativo giudizio è definito: *Celeris reformatio et restitutio possessionis per vim, aut alio modo ablatæ aut interpellatæ.* Trattasi della detenzione in sostanza, che nel caso di spoglio basta a legittimare l'interdetto *Unde vi,* giusta anche le disposizioni delle RR. Costituzioni Piemontesi (1), le quali stabilivano che, ove uno fosse stato violentemente od occultamente spogliato del suo possesso o quasi, dovesse, accertata in qualsivoglia modo la notorietà del fatto, essere reintegrato nel suo primiero stato, senza processo e senza dilazione da quel tribunale, a cui apparteneva la cognizione della causa.

19. Un altro temperamento alla lunghezza dei giudizi era pure stato adottato in pratica come mezzo di conservare provvisoriamente la condizione delle parti, quale trovavasi al momento dell'instituzione della causa in petitorio; ed era la manutenzione nel possesso triennale, considerandosi questo possesso *instar novi tituli, qui obtinet, inducitque adepti eius præsumptionem.* E si chiedeva nel giudizio di merito; si implorava, cioè, dal magistrato che, prima di prendere accurata cognizione del merito della causa, ordinasse l'osservanza del solito praticato nei tre anni anteriori alla lite.

(1) *RR. CC. 1770,* § 22, tit. XXIII, lib. III. — E così pure le precedenti *Costituzioni* del 1723 e 1729.

Il Duca Amedeo VIII aveva già sancito uguali disposizioni circa allo spoglio del possesso o del quasi possesso, ed al relativo giudizio, con editto 17 giugno 1430.

Arò, *Giur. for.,* vol. 6, pag. 388 e seg.

Digitized by Google

L'editto 27 settembre 1822 lasciò sussistere detta regola, come quello che attribuendo al giudice di mandamento la cognizione del possesso annale lasciò al tribunale competente la cognizione del petitorio e del possesso oltreannale.

In seguito alla pubblicazione del Codice Civile Albertino sorse il dubbio se, malgrado la manutenzione in possesso annale, aggiudicato per sentenza dal giudice di mandamento, potessero ancora i tribunali ordinare l'osservanza del solito praticato da tre anni; o, in altri termini, se fosse conservata detta facoltà ai giudici del petitorio. Pareva doversi rispondere negativamente, stante le disposizioni del Codice che, separando il possessorio dal petitorio, ne stabilivano i limiti precisi. Fu a vece la controversia risolta in senso affermativo (1), per motivo che la formola relativa al solito praticato da tre anni racchiudesse una pura misura provvisoria e preliminare ai giudizi petitorii, una misura semplicemente conservativa, onde nel corso della causa di merito nulla si innovasse, e pel motivo essenziale inoltre che le attribuzioni giudiziali e i procedimenti fossero ancora determinati dall'editto 1822, che distingueva il possesso annale ed il relativo giudizio dal possesso oltreannale e dal giudizio petitorio, e lasciava così sussistere l'antica teoria del possesso sommarissimo, sommario e plenario.

La pubblicazione del Codice di Procedura Civile, avvenuta posteriormente a detta risoluzione, tolse colle sue disposizioni ogni motivo di dubitare, non potendo più razionalmente sollevarsi una simile questione. L'azione possessoria venne in effetto unificata nel possesso annale e affatto separata dall'azione petitoria; cosicchè, solo quando veniva adita l'autorità competente a giudicare in petitorio, ommesso il giudizio possessorio, poteva la medesima, nella pienezza del suo potere, dare provvedimenti interinali per serbare incolume lo stato delle cose, a modo di incidente in causa principale.

(1) *Sentenza del Senato di Torino 12 aprile 1840*, ed altre riferite nel *Diar. For.*, tom. XXXVIII, pag. 279, e tom. XL, pag. 338 — *V.* pure MANTELLI, vol. I, pag. 498 e seg.

Digitized by Google

SEZIONE TERZA

Codice Francese — Codice Austriaco.
Disposizioni legislative di vari Stati italiani — Codice Albertino.
Promulgazione del Codice Civile italiano.

---

§ I.

20. La legislazione moderna *legalizzò* il possesso sommario e incluse il possesso plenario nel petitorio, riducendo così a due il numero dei giudizi, e vincolando, per quanto era possibile, a norme legali anche il possesso sommario. Chi dunque è mantenuto, per l'avverato concorso delle condizioni legali, nel possesso annale di un immobile e *pro domino*, ha diritto di possedere sino a ragione conosciuta e diversamente decisa nel petitorio (1).

I compilatori del Codice francese non si occuparono del possesso, che in relazione alla prescrizione; e non fecero cenno delle azioni possessorie e nemmeno del possesso in se medesimo, salvo nell'art. 2232, in cui si parlò degli atti meramente facoltativi qualificandoli inetti a fondare *nè possesso, nè prescrizione*. Forse si considerò che, l'effetto degli interdetti consistendo in un diritto puramente provvisorio ed in una *azione* esperibile in giudizio, dovevano le relative disposizioni trovare il loro posto nel Codice di Procedura Civile. E appunto in questo codice, all'art. 23, contiensi la disposizione, secondo la quale le azioni possessorie non sono ammessibili, se non in quanto esse sieno formate entro l'anno dal turbamento del possesso da coloro, che siano da un anno almeno in possesso per sè o per mezzo d'altri a loro nome, a titolo non precario; ed all'art. 25 vietasi l'unione del possessorio col petitorio.

La considerazione, che ha potuto consigliare i legislatori francesi ad affidare alla legge di procedura l'istituto delle azioni

(1) PESCATORE, *Filosofia e Dottrine giuridiche*, pag. 384.

Digitized by Google

possessorie, non è guari conforme alla natura del diritto; giacchè altro è determinare avanti qual giudice debba portarsi una designata azione e con quali forme, altro è determinare un diritto e stabilirne le condizioni e le conseguenti azioni, obbietto questo della legislazione civile.

Detto articolo 23, che limita l'azione possessoria a chi possiede da un anno in modo non precario, fece nascere il dubbio se l'azione di reintegrazione, l'interdetto *Unde vi* dei Romani, esistesse ancora. E a risoluzione del dubbio considerossi l'azione derivante dallo spoglio come una specie d'azione *in factum*, e così non come l'azione possessoria propriamente detta, tendente a ricuperare un possesso perduto, ma come azione meramente personale, diretta al ristabilimento della detenzione di fatto, da cui uno non doveva venir espulso con violenza, malgrado anche il niun diritto alla cosa. — Le leggi suppeditando i mezzi di ottenere giustizia, si ritenne doversi concedere allo spogliato siffatta azione totalmente personale, a somiglianza e guisa dell'interdetto *Unde vi* (1).

La giurisprudenza francese essendo informata non solo al diritto romano e canonico, ma anche all'antico diritto teutonico e consuetudinario, non potrebbe in alcune parti essere consultata che con molto riserbo (2).

§ II.

21. Alla legislazione francese, introdotta sotto l'impero napoleonico in varie provincie italiane, successero in gran parte d'Italia, dopo la caduta dell'impero, nuove leggi; e in altre non si fece anzi che un ritorno all'antico diritto.

Nel regno lombardo-veneto fu promulgato il Codice austriaco, secondo il quale è possessore chi tiene la cosa coll'animo di averla come propria (§ 309); e il possesso delle cose incorporali,

(1) Duranton, lib. 2, tit. I, cap. 3, § 2.

(2) *V. Consuet. di Parigi*, art. 96, 97 e 98; *Ord. del 1667;* e gli articoli 23, 25, 26 e 27 del Cod. di Proc. Civ. franc.

Digitized by Google

ossia dei diritti s'acquista col farne uso in proprio nome (§ 312). E, date poi alcune spiegazioni circa alla legittimità del possesso ed a' suoi effetti, stabilisce detto codice che, qualunque sia il possesso, a niuno è lecito di turbarlo di propria autorità; che al possessore, il quale ne sia turbato, compete il diritto di invocare l'autorità del giudice, affinchè faccia cessare ogni molestia e faccia risarcire il danno che sia provato (§ 339): e che se alcuno entra nel possesso con violenza, o dolosamente vi s' introduce di nascosto, o tenta di cambiare in un diritto perpetuo ciò che gli fu conceduto soltanto per favore senza veruna obbligazione permanente, siffatto possesso, per sè illegittimo e di mala fede, diventa anche vizioso. Nei casi contrari, secondo lo stesso codice, il possesso si ritiene come non vizioso (§ 345); e contro qualunque possessore vizioso poi si può proporre l'azione tanto per la *repristinazione* nello stato primitivo, quanto per l'indennità. E i relativi provvedimenti, discussa la causa, devono decretarsi dal giudice anche senza riguardo ad un diritto più forte, che la parte convenuta potesse avere sulla cosa (§ 346). Pel caso poi non si possa *sul momento* verificare quale delle parti si trovi in possesso *non vizioso*, e quale di esse abbia perciò titolo per l'assistenza del giudice, la cosa controversa viene affidata alla custodia del giudice o di un terzo, finchè la lite sul possesso sia trattata e decisa. — La parte soccombente infine può, dopo questa decisione, promuovere un'azione per un supposto diritto più forte, che credesse competergli sulla cosa medesima (§ 347).

Con tali disposizioni il Codice austriaco stabilì le azioni possessorie in modo distinto da quelle petitorie, le azioni, cioè, di manutenzione e di ripristinazione furono separate dalla discussione del titolo fondamentale di proprietà in via petitoria.

V' ha però qui un' importante distinzione: il § 339 dice che, *qualunque siasi* il possesso, a niuno è lecito di turbarlo di *propria autorità*. A vece l'art. 346 dichiara, potersi proporre l'azione di ripristinazione contro qualunque possessore vizioso.— Dal confronto quindi di questi titoli si conosce in primo luogo che le vie di fatto, ossia gli atti turbativi di *propria autorità* sono vietati contro qualunque possesso, sia vizioso o non vizioso;

Digitized by Google

e, in secondo luogo, che se taluno, leso da atti viziosi altrui, ama di difendersi contro le usurpazioni, egli deve esercitare questa difesa mediante solo l'autorità dei tribunali. — Pare dunque tolta la regola *Quæ de facto fiunt, de facto tolluntur.*

Ad una tale conclusione potrebbe forse opporsi il § 344 del seguente tenore: « Ai diritti di possesso quello pure appartiene di mantenersi nel suo possesso e di respingere *colla forza* conveniente la forza, nel caso in cui tardi si otterrebbe il soccorso del giudice. » Se però lo si considera attentamente, detto paragrafo non deroga alla ordinazione generale di non agire di propria autorità, ma solo fa un'*eccezione* pel caso di danno *irreparabile*, ove si dovesse aspettare il soccorso del giudice. Ma l'eccezione, limitando la regola, non la distrugge, ed anzi la conferma. — Perciò *ogni via di fatto* è assolutamente proibita nell'austriaca legislazione, tranne il detto caso di danno irreparabile, allorchè si dovesse aspettare la tutela giudiziaria (1).

Il Codice austriaco non istabilisce tempo alcuno, entro il quale essendosi esercitato un possesso *non vizioso*, ma *rivocabile*, debba essere mantenuto almeno sino alla decisione in petitorio. È intanto importante la distinzione che fa la legislazione austriaca del possesso *illegittimo* e *di mala fede* dal possesso *vizioso*. E qual sia il possesso *vizioso* lo dice il § 1464, corrispondente al § 345, stabiliendo quanto segue: « Il possesso deve inoltre essere non vizioso. Se alcuno si impadronisce di una cosa *con violenza*, o con *dolo*, o se s'intrude nel possesso *clandestinamente*, o possiede la cosa soltanto *precariamente*, nè egli nè i suoi eredi possono prescriverla. »

Vizioso conseguentemente e non *mantenibile*, ma anzi revocabile in possessorio giudizio si è qualsiasi possesso, il quale sia affetto da violenza, da dolo, da clandestinità, o da precarietà. Si distinguono sostanzialmente tre sorta di possessi, il *vizioso*, l'*invalido* ossia *illegittimo*, il *valido* e *legittimo*. I caratteri del *vizioso* procedono dalla *violenza*, dalla *frode*, dalla *clandestinità* e dalla *precarietà*. — Il carattere dell'*invalido* sta nei titoli della sua *rivocabilità*, benchè esso non sia vizioso, come quello che

(1) Romagnosi, *Condotta delle acque*, part. I, lib. 3, sez. 4, § 33.

Digitized by Google

può essere rivocato a causa conosciuta, perchè mancante di legale titolo definitivo. Esso differisce dal *vizioso*, perchè protetto per prima presunzione dal giudice, e differisce dal *legittimo*, perchè in petitorio può essere *rivocato* come non conforme alla verità reale (§ 313). — I caratteri infine del *valido* o legale possesso si rilevano per una correlazione contraria dalle cose esposte (1).

§ III.

22. Nelle leggi napoletane vennero sostanzialmente riprodotte le disposizioni delle leggi francesi rispetto alle azioni possessorie; e ne conseguirono le stesse questioni.

Venne però l'azione di reintegrazione annoverata, quanto meno implicitamente, fra le azioni possessorie, avendo la giurisprudenza riconosciuto che l'azione per turbamento di possesso è affatto distinta da quella di reintegrazione, e che, se per l'esperimento di questa non occorre alcuna condizione legale del possesso, vi vuole il fatto materiale del possesso e lo spoglio (2).

Il regolamento legislativo e giudiziario per gli Stati pontificii stabiliva, doversi i giudizi di *sommarissimo* possesso introdurre avanti il giudice del luogo dove esiste la cosa litigiosa; e le azioni, che riguardano il possesso *non sommarissimo*, doversi far valere avanti il giudice o tribunale, nella cui giurisdizione esiste la cosa, oppure avanti il giudice o tribunale del domicilio o dimora del reo (§§ 436 e 437). Vi erano perciò due specie di giudizi possessorii, regolati del resto nella loro essenza dal diritto canonico; ed era pur vietato il cumulo del possessorio col petitorio (§ 287).

Il Codice di Procedura Civile per gli Stati estensi annoverava tra le azioni sommarie quelle di *semplice possessorio, di attentati sul corso delle acque, e di altri atti turbativi e spogliativi del proprio attuale possesso* (art. 252). Erano conseguentemente

(1) Romagnosi, *Cit. luog.*, § 34.
(2) Art. 127 e 130; *Gazzetta dei Tribunali*, vol. V, n° 447, e vol. VIII, n° 733.

Digitized by Google

ammesse le due azioni di manutenzione e di reintegrazione. E nel titolo delle cause minori, che sono sommarissime, figuravano pure le *usurpazioni di possesso*, *spogli ed altri atti arbitrari seguiti non prima di un mese;* con dichiara che le sentenze proferte in tali giudizi non pregiudicavano al merito e neppure al *possessorio pieno* (art. 266); cosicchè ne emana la distinzione tra possessorio sommario o momentaneo ed il possessorio plenario (1).

Siffatta distinzione esisteva eziandio nel Codice toscano di Procedura Civile. — L'art. 565 vietava di cumulare non solamente il possessorio col petitorio, ma anche il possessorio sommarissimo col possessorio plenario. — E non si richiedeva per alcuna delle due azioni di manutenzione e di reintegrazione la condizione dell'annale possesso; ma per amendue la prova del puro possesso a titolo non precario. Era però fissato ad un anno dal turbamento o spoglio il termine utile all'esercizio delle medesime (art. 561).

Negli Stati del Re di Sardegna, prima dell'editto 27 settembre 1822, del quale già si fece cenno, le azioni possessorie erano rette dal diritto romano e canonico, dalle disposizioni delle Regie Costituzioni e dalla relativa giurisprudenza. — E si potevano discutere avanti lo stesso giudice le questioni relative al possesso ed al dominio, unirsi, cioè, il possessorio sommario col plenario ed anche il plenario col petitorio; giacchè, se l'esame delle prove del giudizio di possesso plenario traeva la quistione sul campo della proprietà e nella discussione dei titoli, il giudice, trovando le prove chiare e precise, poteva prendere cognizione del merito e giudicare della proprietà, come in giudizio petitorio (11 e 17)..

L'editto del 1822, riorganizzando le competenze e seguendo in parte il sistema francese anzichè l'antica dottrina italiana, iniziò il giudizio possessorio, poi completato dai posteriori codici, con attribuire al giudice locale la speciale competenza delle cause di possesso annale, novità e molestie al possesso, non anteriori di un anno alla mossa lite, lasciando al tribunale

(1) Circa ai giudizi possessorii *V. anche le disposizioni* degli art. 63, 543, 643 e 646 del Cod. parmense di Proc. Civ.

Digitized by Google

civile le controversie concernenti il possesso oltreannale ed il petitorio (art. 10 e 11). — Rimasero quindi i due giudizi, possessorio e petitorio, distinti per giurisdizione; ma si ritenne poter essere promossi contemporaneamente e trattare, ad un tempo, l'uno avanti il giudice locale e l'altro avanti il tribunale civile (1).

Però, in grado di appello da sentenza del giudice di mandamento su questione di possesso annale, non poteva il tribunale pronunciare in petitorio, dovendo e potendo in appello solo esaminare se il primo giudice avesse bene o male giudicato: e ciò per la ragione del doppio grado di giurisdizione, competente sì nell'uno che nell'altro giudizio.

Occorre infine notare che, secondo l'antica nostra giurisprudenza potendosi le servitù discontinue acquistare col possesso immemoriale, potevano eziandio formare oggetto di azione possessoria (2).

§ IV.

23. Il Codice Civile Albertino determinò in seguito con semplicità e chiarezza la natura e i requisiti delle azioni per la *manutenzione* nel possesso in caso di turbamento, e per la *reintegrazione* immediata in caso di spoglio violento od occulto (art. 445 e 446). Non trattò per altro del possesso che sotto il titolo della prescrizione e ne' suoi rapporti colla prescrizione stessa (3). — E quindi per analogia di principii si considerò, non potere il possesso spiegare efficacia nell'azione di manutenzione, se non vestiva i caratteri richiesti per la prescrizione.

Si ritenne che quando due diritti nascono da un solo e medesimo fatto, malgrado l'uno di essi sia più esteso dell'altro, dovendo il fatto che li produce avere le stesse qualità, un identico

(1) *Diar. For.*, vol. 4, pag. 10.

(2 *Sentenza del Senato di Torino 29 aprile 1683 e 25 gennaio 1730;* DUBOIN, *Decis.*, tom. 2, pag. 12.

(3) Art. 2361.

Digitized by Google

carattere, quel possesso, il quale non sarebbe atto a far acquistare colla prescrizione l'immobile, il diritto reale o la universalità dei mobili posseduti, non poteva neppure servire di base all'azione possessoria. — E questa massima assunse in giurisprudenza il concetto di una verità legale, come derivante dai termini dell'art. 445, che richiede un possesso pubblico, pacifico e non a titolo precario, e dal confronto di tali termini con quelli dell'art. 2364.

E tra le altre conseguenze si dedusse quella giustissima che rispetto ad una servitù discontinua e non apparente, alla cui costituzione non basta un possesso, fosse anche immemoriale, non potesse invocarsi il possesso annale, non sorretto da titolo, all'oggetto di ottenerne la manutenzione (1).

24. Alle disposizioni degli articoli 445, 446 e 447 del Codice Civile Albertino, che stabilivano i requisiti necessari alle azioni di manutenzione e di reintegrazione, da ordinarsi questa sulla semplice notorietà del fatto, senza processo e senza dilazione, ed a quelle dell'art. 448 che vieta l'unione del giudizio possessorio col petitorio, voglionsi aggiungere le disposizioni dei Codici di Procedura Civile 1854 e 1859. Il primo di questi codici, attribuita al giudice locale la cognizione delle azioni possessorie, ne determinava le norme e condizioni (articoli 6, 117, 118, 119, 120 e 121); ed il secondo segregando, come il primo, il possessorio dal petitorio e confermando detta speciale giurisdizione, stabiliva che la domanda fatta in giudizio petitorio portava di diritto la rinunzia dell'attore a procedere nel semplice possessorio; che, dopo istituito il giudizio petitorio, ogni richiamo relativo al possesso, dipendente da fatti sia *anteriori*, che *posteriori* all'istituzione della causa, doveva deferirsi all'autorità giudiziaria, innanzi cui vertiva il giudizio petitorio, e a questa incombeva di provvedere a termini di ragione, osservate le norme del procedimento sommario, salvo il caso di attentato violento od occulto, in cui il giudice di mandamento n'avrebbe preso cognizione e provveduto per la pronta reintegrazione, e quindi rimandate per gli ulteriori provvedimenti le parti avanti

(1) PASTORE, *Della prescrizione*, pag. 166; MANTELLI, vol. 5, pag. 182 e 282, e vol. II, pag. 513 e seg.

Digitized by Google

la detta autorità; e che infine il giudizio possessorio, finchè la causa non fosse stata decisa e la sentenza pienamente eseguita, impediva al convenuto in possessorio di esercitare la propria azione in petitorio, salvo l'esecuzione fosse impedita per fatto dell'attore, posto in mora a far liquidare l'importo della condanna; nel qual caso poteva fargli prefiggere un termine, trascorso il quale era libero di proporre la sua domanda. E l'attore in possessorio non poteva alla sua volta agire in petitorio, se non previo recesso dalla causa di possesso e pagamento o deposito delle spese (articoli 5, 131, 132 e 133).

25. L'Italia infine, fatta nazione, sentì l'utilità ed anzi l'economica e politica necessità di far sparire le discrepanze delle molteplici sue legislative disposizioni, tanto più che varie di esse presentavano non lievi contraddizioni coi liberi fondamentali ordinamenti e con altre inerenti leggi dello Stato. Il concetto politico venne quindi ad immedesimarsi colla ragione giuridica; e, mercè la formazione di un Codice Civile unico ed universale, si contribuì non solo al miglioramento dei civili rapporti tra le diverse provincie, ma si concorse eziandio a rinfrancare ed invigorire il principio dell'unità nazionale.

Questo codice è opera degna della sapienza italiana, per lo studio che si pose alla sua formazione: e la teoria, in ispecie, del possesso e delle azioni possessorie assume in esso una forma, che corrisponde ai dettami della scienza e della pratica, per precisione di concetto e per chiarezza di regole.

Il Codice di Procedura Civile concorse in seguito ad assicurare e facilitare lo svolgimento e l'attuazione dell'istituzione in maniera semplice ed economica, adatta al suo soggetto ed al sue fine (1).

(1) Il Governo del Re, autorizzato per legge 2 aprile 1865, n° 2215, pubblicò il Codice Civile del Regno d'Italia, per R. Decreto 25 giugno 1865, n° 2358; e quindi il Cod. di Proc. Civ. per R. Decreto 25 giugno 1865, n° 2366.

Avendo in ultimo l'Italia ricuperato la storica sua Capitale, vennero i due Codici pubblicati nelle nuove provincie romane per Regio Decreto 27 novembre 1870, n° 6030.

Digitized by Google

CAPO QUARTO

Possesso e azioni possessorie secondo la legislazione italiana

§ I.

26. Le disposizioni riflettenti il possesso erano nei precedenti codici sparse sotto diversi titoli; e generalmente non si trattava del possesso che per rapporto alla prescrizione, anche negli stessi codici in cui erano specificamente comprese le azioni possessorie. — Nel Codice Civile italiano vennero a vece, con savio intendimento, riassunte in un solo titolo le disposizioni, che risguardano il possesso e la teoria delle azioni possessorie (1).

Parve ad alcuni che la definizione del possesso, espressa nello art. 686, confonda il possesso legittimo col possesso atto alla prescrizione, pel motivo che non fa menzione della buona fede. Perchè, essi dissero, chiamare possesso legittimo soltanto quello che veste i caratteri designati in detto articolo? — Cesserà di essere legittimo un possesso, solo perchè non continuo, non pacifico, non pubblico, non equivoco? — Costoro avrebbero perciò voluto che l'articolo avesse definito il possesso per se stesso, astrazione fatta di ogni idea di prescrizione, per riguardo alla quale il possesso doveva essere definito nel titolo della prescrizione medesima.

Però la Commissione Senatoria (2), senza contestare le dottrine da cui si attinsero le accennate considerazioni, non credette di recare modificazioni alla formola proposta nel ministeriale

(1) *Relazione Ministeriale*, PISANELLI, pag. 14.
(2) *Relazione senatoria*, DEFORESTA, pag. 38.

Digitized by Google

progetto coll'art. 686; avvegnacchè dicendosi che il possesso è legittimo, quando abbia i requisiti tassativamente indicati nel citato articolo, si spiega assai chiaramente che il possesso non può produrre gli effetti giuridici, che la legge, secondo i casi, attribuisce all'occupazione di una cosa, se non quando si presenta coi requisiti voluti dalla legge stessa. Mancando questi legali caratteri, non vi ha che materiale detenzione, inetta a produrre effetti legali. Ed è appunto nel titolo del *possesso*, che si doveva sancire una disposizione, la quale aveva per iscopo di raccogliere tutto ciò che costituisce quello stato di cose, che si chiama possesso vero, ossia legittimo.

L'art. 686 contiene pertanto la formola generale del legittimo possesso, e deve avere l'efficacia di un principio da considerarsi, nella sua espressione e nell'applicazione ai vari fatti pratici, in relazione ai fatti stessi. La buona fede non si richiede per costituire la legittimità del possesso, dal quale è affatto indipendente. Essa può essere o non essere congiunta al fatto del possesso, ma non elemento necessario; e fu appunto oggetto di altro articolo speciale, come causa e fondamento di speciali effetti.

27. Quantunque poi i caratteri del possesso, stabiliti dallo art. 686, sieno comuni alla manutenzione del possesso ed alla prescrizione, non ne deriva la conseguenza che all'esercizio della azione possessoria sia necessaria la prova, che il possesso sia capace della prescrizione. È evidente la differenza dei due istituti, l'uno tendendo unicamente alla difesa dello stato giuridico apparente, e l'altro invece all'acquisto della proprietà per mezzo del possesso.

Esponendosi l'indole della protezione del possesso, già si osservò non doversi esagerarne il rapporto presuntivo colla proprietà. Non può invero l'azione possessoria dirsi, a rigore della logica del diritto, fondata in una assoluta presunzione di proprietà; avvegnacchè i rapporti di questa col possesso derivano puramente da una causa possibile e remota. È naturale che l'idea della proprietà si associi al possesso, e che questa idea concorra a giustificare l'istituto delle azioni possessorie; ma non vuolsi da ciò conchiudere che causa effettiva, prossima e propria dell'istituto debba essere la presunzione della proprietà (1).

(1) *V.* n. 78, 79 e 80.

Digitized by Google

Se si partisse da altri principii, e dovesse considerarsi quale verità giuridica il rapporto del possesso colla proprietà, ne deriverebbe dover cessare la tutela compartita al possesso, appena sia in causa dimostrato che l'apparente stato di cose deriva da ingiusta occupazione. La legge a vece non ritoglie la sua protezione al possesso che di fronte ad una prova contraria; e questa prova non consiste nell'accertamento dell'ingiustizia del possesso, ma nell'accertamento delle qualità estrinseche del possesso, ed in ispecie dell'intenzione di chi possiede. Il possesso può essere vizioso, perchè mancante dei requisiti stabiliti dall'art. 686, e come tale essere oppugnato e dimostrato inefficace; ma non devonsi confondere le qualità apparenti del possesso, e così i suoi vizi colla *causa* del possesso stesso, la cui essenza è determinata come sovra dall'intenzione.

La legge presume del resto che uno possegga per se stesso e a titolo di proprietà; e ne consegue quindi che, ad escludere l'*animus domini*, bisogna provare che il possesso abbia avuto origine da una condizione di cose, nella quale il possessore non potesse avere altra coscienza, che quella di possedere in nome altrui.

Non si può di certo chiedere al possessore con quale intenzione siasi posto al possesso; ma quando se ne dimostra l'origine precaria, si stabilisce, cioè, che il possessore ritiene e non può a meno di saper ritenere una cosa a nome di altri, e non punto per sè, non gli varrebbe, ad evitarne le conseguenze, l'asserzione di una volontà diversa. — Ma di ciò si farà più ampio cenno a suo luogo.

§ II.

28. Premesse queste generali considerazioni, occorre riportare anzitutto il testo della legge: « Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha o per se stesso, o per mezzo di un altro, il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui (art. 685 del Cod. Civ.).

« Il possesso è legittimo, quando sia continuo, non interrotto,

Digitized by Google

pacifico, pubblico, non equivoco, e con animo di tenere la cosa come propria (art. 686).

« Si presume sempre che ciascuno possieda per se stesso ed a titolo di proprietà, quando non si provi che abbia cominciato a possedere in nome altrui.

« Quando siasi cominciato a possedere in nome altrui, si presume sempre che il possesso abbia continuato con lo stesso titolo, qualora non siavi prova in contrario (art. 687).

Gli atti meramente facoltativi e quelli di semplice tolleranza non possono servir di fondamento all'acquisto del possesso legittimo (art. 688).

« Parimenti gli atti violenti o clandestini non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo: esso tuttavia può cominciare quando la violenza o la clandestinità siano cessate (art. 689).

« Il possesso delle cose, di cui non si può acquistare la proprietà, non ha effetto giuridico (art. 690).

« Il possessore attuale che provi d'aver posseduto in un tempo più remoto, si presume che abbia posseduto anche nel tempo intermedio, salva la prova del contrario (art. 691).

« Il possesso attuale non fa presumere l'antico, salvo che il possessore abbia un titolo: nel qual caso si presume aver egli posseduto dalla data del suo titolo, se non è provato il contrario (art. 692).

« Il possesso continua di diritto nella persona del successore a titolo universale.

« Il successore a titolo particolare può unire al proprio possesso quello del suo autore per invocarne e goderne gli effetti (art. 693).

« Chi trovandosi da oltre un anno nel possesso legittimo d'un immobile, o di un diritto reale, o di una universalità di mobili, viene in tale possesso molestato, può entro l'anno dalla molestia chiedere la manutenzione del possesso medesimo (art. 694).

« Chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa mobile od immobile, può entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere contro l'autore di esso di venire reintegrato nel possesso medesimo (art. 695).

Digitized by Google

« La reintegrazione dovrà ordinarsi dal giudice, premessa la citazione dell'altra parte, sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione e con la maggiore celerità di procedura, contro qualsiasi persona, fosse anche il proprietario delle cose di cui si è patito lo spoglio (art. 696).

« La reintegrazione nel possesso in caso di spoglio non esclude l'esercizio delle altre azioni possessorie da parte di qualunque legittimo possessore (art. 697) ».

Con queste disposizioni il Codice Civile italiano, seguendo e migliorando la teorica dell'antico diritto e anche dei moderni codici, espresse nettamente il concetto del possesso civile e delle azioni possessorie. Venne in ispecie imitato il Codice Civile Albertino (1), ma se ne rese più perfetta in alcune parti la formola.

La dizione dell'art. 2361 del Codice Albertino subì pure una modificazione, assai utile e degna di considerazione. Secondo questo articolo non si potêva *prescrivere il dominio delle cose che non sono in commercio;* e nel progetto senatorio del Codice Civile italiano veniva sostanzialmente riprodotta una tale disposizione. Ma in seno alla Commissione legislativa si osservò che il principio proclamato con siffatta formola non era esattamente vero, perchè anche talune delle cose, che si ritengono fuori di commercio, possono essere oggetto di possesso, almeno per la materiale detenzione delle medesime; e il detentore deve poter far rispettare il suo possesso e anche ricuperarlo, se violentemente spogliato. Si aggiunse che la questione si era presentata poco tempo prima davanti i tribunali per qualche oggetto ritenuto generalmente fuori di commercio, e che la Corte di Cassazione di Milano aveva giudicato, non essere il detto oggetto incapace di possesso; e che altronde era difficile la determinazione delle cose, che sono e di quelle che non sono in commercio, cosicchè la disposizione del progettato articolo poteva dar luogo a gravi dubbi e ad ardue questioni. E venne per tali motivi proposta la soppressione dell'articolo, o quanto meno l'adozione di una forma atta ad escludere una dubbia interpretazione, eliminando sovratutto la parola *commercio* (2).

(1) Art. 445, 446, 447, 2361, 2363 e seg.

(2) *Commiss. Legislat.*, seduta 10 maggio 1865; *V.* n° 78, 79 e 80.

Digitized by Google

E dietro siffatte osservazioni venne l'art. 690 redatto nei termini avanti espressi.

Gli articoli 694 e 695 riducendo le molteplici gradazioni dello antico diritto alle due classi di azioni possessorie di manutenzione e di reintegrazione, come aveva pur già fatto il Codice Albertino, tolsero pure le cause di lunghe e sottili disputazioni sul possesso *plenario, sommario e sommarissimo.*

29. Il Codice di Procedura Civile poi dichiarò le azioni possessorie di competenza dei pretori, qualunque sia il valore della causa, purchè proposte entro l'anno dal fatto che vi diede origine (art. 82); stabilì che chi ha istituito il giudizio petitorio, più non possa promuovere il giudizio possessorio (art. 443); che dopo istituito il giudizio petitorio ogni reclamo relativo al possesso per fatti *posteriori* sia deferito all'autorità giudiziaria davanti cui pende il giudizio, salvo il caso in cui si tratti di attentato violento o clandestino; in qual caso il pretore, accertato il fatto, provvede per la pronta reintegrazione e rimanda le parti avanti la detta autorità (art. 444); stabilì infine che il giudizio possessorio, finchè non sia pronunziata ed eseguita interamente la sentenza, impedisce al convenuto di promuovere il giudizio petitorio, salvo l'esecuzione non possa compiersi per fatto dell'attore, che sia in mora a far liquidare l'importare delle condanne ottenute, potendo in tal caso il convenuto fargli assegnare a questo oggetto un termine, scaduto il quale egli potrà proporre la sua domanda; assegnazione che vuolsi chiedere alla autorità giudiziaria, davanti cui deve promuoversi il giudizio petitorio. — E aggiunse che l'attore in giudizio possessorio non può, finchè questo è pendente, promuovere il giudizio petitorio, salvo rinunzi agli atti e paghi o depositi le spese (art. 445).

L'attribuzione dei giudizi possessorii ai pretori è dettata dalla stessa loro natura e scopo; giacchè occorrendo pronti provvedimenti, niuno meglio del giudice locale, con una procedura facile e spedita, poteva servire agl'intendimenti della legge. — Instituito però il giudizio petitorio, ogni reclamo relativo al possesso per fatti posteriori è deferito come sovra alla giurisdizione stessa del petitorio, cui spetta di dare tutti quei provvedimenti interinali richiesti dallo stato delle cose. — V'ha una

Digitized by Google

sola eccezione, dettata da ragione di utilità, anzichè dalla *juris ratione;* nel detto caso, cioè, di attentati violenti o clandestini, può il pretore provvedere per la pronta reintegrazione, ma con l'obbligo di rimandare pur sempre le parti avanti la giurisdizione, ove verte la causa di merito.

Il pretore deve in tal caso restringersi ai puri provvedimenti necessari per effettuare la reintegrazione. — Può nella indefinita varietà dei casi accadere che, dopo la reintegrazione di fatto, immediata, istantanea, restino conseguenze da determinarsi, altre risoluzioni da prendersi per impartire perfetta giustizia fra le parti. Suppongasi, ad esempio, che l'*attentato* siasi verificato sopra l'uso di acque irrigatorie per materiali impedimenti opposti al loro corso; il pretore fa togliere addirittura l'ostacolo e restituisce lo stato delle cose; ma intanto dalla inormale e forzata direzione delle acque è nato un disordine; le acque istesse si sono aperto un nuovo sbocco, e bisogna ordinare dei rimedi. Questo eccede la competenza del pretore, che rimanda conseguentemente le parti al giudice del petitorio, affinchè provveda come di ragione.

Può anche avvenire che il pretore non trovi abbastanza chiari i requisiti dello spoglio e conosca trattarsi di semplice turbativa. In tal caso, sentendo di non avere competenza per giudicare la questione nei termini con cui venne proposta, e nelle condizioni di fatto con cui si presenta, deve, senz'altro, rinviare le parti al giudice del petitorio, davanti il quale verte la causa principale (1).

§ III.

30. Chi ricorre direttamente al giudizio petitorio, perde il diritto di promuovere in sede distinta e speciale il giudizio possessorio; ma può chiedere alla giurisdizione stessa del petitorio provvedimenti interinali in via accidentale e anche d'urgenza. Vi sono casi in cui non è possibile la separaziane del possessorio dal petitorio; o se possibile, in astratto, la distinzione,

(1) BORSARI, *Comm. al Cod. di Proc. Civ.*, art. 444.

Digitized by Google

manca l'essenziale elemento di fatto, un possesso, cioè, preciso ed oltreannale. Ed è ovvio che in tali casi si provveda nello stesso giudizio petitorio, secondo le circostanze e le esigenze della giustizia.

Ma se il possesso esiste pieno ed esclusivo nel convenuto, se per la natura della questione non è il possessorio inseparabile dal petitorio, può forse l'attore in petitorio provocare nel giudizio stesso contro il convenuto uno di detti provvedimenti interinali?

È evidente la ragione del convenuto di opporre all'attore, che avendo per sè un annale legittimo possesso della cosa, cui è diretta la domanda di rivendicazione, un possesso incontrovertibile, la istanza per un provvedimento interinale costituirebbe una vera turbativa a detto suo possesso, e nascerebbe per conseguenza il diritto di promuovere l'azione possessoria locale. — Presentando perciò l'atto di citazione, dietro cui intendesse far valere l'azione possessoria annale, in sede mandamentale, potrebbe, secondo l'autorevole opinione di Pescatore, opporsi alla discussione dell'incidente provocato in tal guisa dall'attore. Sarebbe questa una opposizione giustissima ed ammessibile; non dovendo porsi in balía di una delle parti di rapire all'altra il benefizio del possessorio annale da giudicarsi nella sede sua propria, quando si offre di provare che se ne verificano appieno le condizioni legali.

Pescatore osserva inoltre che il Codice sardo di Procedura Civile (1859), all'art. 132 (1), accoglieva un'altra teorica, volendo

(1) Giovano alcuni riflessi sull'analoga questione già elevatasi in Francia dietro l'art. 26 del Cod. di Proc. francese, uguale all'art. 413 dell'attuale nostro Codice di Procedura. Il problema se il convenuto in petitorio potesse ancora esperire di sue ragioni nel possessorio, venne variamente risolto non solo dai giuristi, ma dalla stessa Corte di Cassazione. — Si temeva che nel caso affermativo ne emergesse il vietato cumulo dei due giudizi. Però pare che siasi finito per erigere in assoluto principio la regola, doversi sempre accordare l'azione possessoria al convenuto, non mai all'attore in petitorio; facendo solo un'eccezione pel caso che il convenuto, comparso nella causa petitoria, avesse fatto le sue difese, perchè in tal caso ostava all'esercizio separato della azione possessoria il giudiciale contratto. È una discussione che pur venne dibattuta negli studi preliminari che precedettero in Piemonte il Cod. di Proc. 1854. Alle osservazioni fatte dalla Corte di Cassazione la Commissione Senatoria fu

Digitized by Google

che, istituito appena il giudizio petitorio, ogni richiamo relativo al possesso anche dipendente da *fatti anteriori* appartenesse senz'altro alla giurisdizione del petitorio, e questa vi dovesse statuire *a termine di ragione,* cioè con criterio più libero. — Non crede però che questa disposizione (temperata da quell'altra che vietava e vieta tuttora il petitorio, quando la questione sia stata *prevenuta* in sede di possessorio annale) nuocesse alla pratica; ed anzi teme che la nuova e contraria regola, risultante dalla soppressione delle parole — *anche da fatti anteriori* — nella pratica applicazione non vada scevra da qualche complicazione. Non sa però negare la conformità della nuova regola ai principii più rigorosi della ragione giuridica. — Sarà dunque permesso (e in ciò consiste la differenza unica tra i due articoli correlativi del vecchio e del nuovo Codice, art. 132 del Codice sardo, art. 444 del Codice italiano di Procedura Civile) sarà, dice, permesso al convenuto nel petitorio di promuovere il possessorio annale dinanzi al pretore, per opporsi ad una domanda di provvedimenti interinali, provocata dall'attore in dipendenza di fatti anteriori all'istituzione del petitorio. — Ciò non toglie però che l'attore in petitorio possa promuovere legittimamente

di parere contrario, e l'opinione di questa Commissione venne accolta nello art. 118, che toglieva anche al convenuto la facoltà di provocare il giudizio possessorio e di chiedere che a tale oggetto fossero le parti rimandate avanti il giudice di mandamento. Fu solo col susseguente art. 120 fatta un'eccezione pei casi di violento spoglio. Nell'art. 132 poi del Codice 1859 non venne riprodotta la disposizione di detto articolo 118; ma siccome fu sancito che dopo istituito il giudizio petitorio ogni richiamo relativo al possesso dipendente da fatti, sia *anteriori,* sia *posteriori* alla istituzione della causa, dovesse deferirsi all'autorità giudiziaria, innanzi cui pendeva il giudizio petitorio, si considerò conservato il precedente sistema, in modo meno chiaro. — Si riprodusse l'art. 119 di detto precedente Codice, che, anche senza l'art. 118, portava una innovazione alla dottrina quasi generalmente accolta, ripetendosi la limitazione relativa all'azione di reintegrazione nei casi di attentato violento od occulto.

Pare intanto non dubbio, che colla nuova legge di procedura siasi voluto far ritorno alla detta dottrina. — E invero non si legge più nel Codice italiano l'esclusione del convenuto dall'esercizio dell'azione possessoria, come si leggeva negli articoli 118 e 119 del Cod. 1854 e 132 del Cod. 1859; e l'art. 444 se vieta, dopo il giudizio petitorio, reclami relativi al possesso, è solo per *fatti posteriori* al giudizio stesso, salvo sempre il caso di attentato violento o clandestino.

Digitized by Google

l'incidente nei detti due casi, in cui non possano disgiungersi il possessorio ed il petitorio per la natura stessa della controversia, o in cui nessuna delle parti abbia esercitato un possesso certo e ben determinato nell'ultimo anno.

Al convenuto converrà di accettare l'incidente e di non arrischiare l'azione possessoria locale, in cui sa di non potere riuscire, oppure l'azione stessa sarà ben presto respinta e ripreso il corso del petitorio (1).

31. Borsari, nelle annotazioni al detto articolo 444 del Codice di Procedura Civile, spiega pure in proposito la seguente sua opinione. — Risulta (egli scrive), per quanto a me pare, evidente da questo articolo che, se il diritto dell'azione possessoria è nato per *molestie anteriori* all'introduzione del giudizio petitorio, il solo giudice competente è il pretore, *semprechè trattisi del convenuto*, che non abbia preso parte al giudizio petitorio, contestando senza riserva la lite. Se così non fosse, Tizio possessore legittimo, turbato nel suo possesso da Caio, che il giorno dopo ha promosso il giudizio petitorio, non saprebbe a quale giudice rivolgersi; non al pretore, secondo la contraria ipotesi; non al giudice del petitorio, perchè trattasi di fatti anteriori.

Non si vuole, in sostanza, concedere all'autore del turbamento del possesso di poter eludere le ragioni e danneggiare la posizione giuridica di chi ha il possesso legittimo di una cosa ed il diritto all'azione di manutenzione, evocando quest'ultimo in giudicio petitorio, prima che esso abbia promosso detta azione.

E Pisanelli, nella sua Relazione, osserva pure che « Qualora il convenuto sia stato soltanto turbato (non violentemente od occultamente spogliato) nel suo possesso, ma gli atti turbativi continuino ancora nei loro effetti, per modo che possa tuttavia ridondargli un vantaggio dal giudizio possessorio, *l'azione petitoria promossa dal turbatore non potrà impedirgli di far decidere anzitutto la questione possessoria avanti l'autorità competente*, salvochè vi abbia espressamente o tacitamente rinunziato. » (2).

32. Siffatta interpretazione si presenta logica e conforme ai principii, che regolano la materia. Difficilmente però occorrerà

(1) PESCATORE, *Filosofia e Dottrine giuridiche*, pag. 348 e seg.
(2) *V.* n° 180 e 181.

Digitized by Google

di farne la pratica applicazione; giacchè chi istituisce il giudizio petitorio, non può più promuovere il giudizio possessorio, e, in tesi generale, riconosce con questo stesso suo fatto il possesso nell'avversario, e rinuncia alla pretesa pria esternata col mezzo degli atti turbativi di detto possesso. Perciò, se gli atti turbativi continuano nei loro effetti, non possono recare in diritto pregiudicio a detto possesso ed alle sue conseguenze giuridiche, essendo il possesso, durante il giudizio petitorio, determinato nel convenuto, ma darebbero ragione al risarcimento dei danni e così origine alla relativa azione personale, che potrebbe esperirsi nello stesso giudizio petitorio, come cosa accessoria alla causa principale.

Non può pertanto elevarsi questione di possesso nel giudizio petitorio, salvo nei casi in cui questo possesso non esista di fatto in alcuna delle parti, o sia incerto in modo da non potersi conoscere a chi realmente spetti. — In tali casi sorge una questione accessoria all'azione principale, da risolversi in via sommaria, nella forma degl'incidenti. — E così pure nel caso di reclamo relativo al possesso per fatti posteriori all'istituzione del giudizio, come formalmente dispone l'art. 444 del Codice di Procedura Civile.

33. E può anche verificarsi il caso della necessità del sequestro giudiziario, provvedimento di conservazione applicabile eziandio alle controversie in possessorio, quando cioè le apparenti ragioni dei contendenti sul possesso in contesa si pareggiano o rimangono incerte in modo da non potere, senza pericolo, attribuirsene l'interinale godimento e l'amministrazione all'una od all'altra parte; o quando il possessore abusa del possesso e commette innovazioni, che possono alterare e deteriorare lo stato della cosa in controversia, od altrimenti pregiudicare le ragioni della parte contraria.

In questi casi può sorgere la convenienza ed anche la necessità giuridica di ordinare il sequestro, per conservare intatte le ragioni e gl'interessi dei contendenti, compresi nell'azione principale, sino alla decisione definitiva del possessorio. — E la relativa istanza dev'essere discussa e decisa nella forma degli incidenti, come questione accessoria.

Digitized by Google

Un tale provvedimento, autorizzato dall'art. 1875 del Codice Civile e dall'art. 921 del Codice di Procedura Civile, non implica alcuna risoluzione, che abbia tratto alla ragione del possesso; ma è evidentemente un puro mezzo di precauzione, che pone la controversia a disposizione della giustizia sino alla definizione della causa possessoria, per assicurarne l'integrità.

§ III.

34. Abbiamo visto che la legge, considerando il possesso come uno stato di cose degno di protezione, ne determinò con precisione il concetto pratico sotto due distinte forme.

Colla prima, chi fu turbato nel legittimo ed oltreannale suo possesso, è in diritto di chiederne la manutenzione; colla seconda ha ragione di essere reintegrato nel possesso, qualunque esso sia, quegli che ne sia stato scacciato in modo violento od occulto.

Queste due azioni, dettate da cause e fini loro particolari, vestono qualità proprie e dissimili; e gli estremi sono perciò diversi come la loro natura. Il possesso durato per oltre un anno con fatti, la cui natura e serie costituiscono un elemento di presunzione del diritto, conferisce la ragione di continuare e così di possedere sino a prova contraria in giudizio petitorio e definitivo. Ma anche la semplice materiale detenzione di una cosa, considerata nel solo momento attuale, può per altro riguardo produrre effetto giuridico; e ciò avviene nel caso di spoglio, costituendo questo non solo un attentato al possesso, ma una violenza contro lo stesso detentore, colla cui persona si considera immedesimata la cosa. La legge quindi, reintegrando prontamente il detentore nel suo naturale possesso, ha per intento principale di reprimere l'atto brutale della forza o dell'insidia, salva ogni ragione non solo in petitorio, ma anche in giudizio di possesso oltreannale.

Vi sono perciò dei casi, in cui il diritto del proprietario deve

Digitized by Google

cedere alle risultanze del fatto, sino a che non venga la legittimità del diritto riconosciuta in competente giudizio, essendovi atti che per eminenti principii d'ordine la legge riprova, quando anche questi atti costituiscano l'esercizio di un diritto e abbiano la loro giustificazione in un titolo.

E di queste due azioni, distinte affatto per indole, carattere ed effetto, vuolsi separatamente trattare.

Digitized by Google

TITOLO SECONDO

AZIONI DI MANUTENZIONE. — CARATTERI E CONDIZIONI.

CAPO PRIMO

Osservazioni preliminari.

35. L'azione di manutenzione compete a colui, che si trova da oltre un anno nel possesso legittimo di un immobile, di un diritto reale o dell'universalità di mobili, contro chi lo molesti in questo suo possesso, all'oggetto di far cessare la molestia e di essere mantenuto nel possesso stesso, non che per la condanna del molestante al risarcimento del danno sofferto; purchè l'azione venga promossa entro l'anno dall'inferta molestia (1).

All'esercizio di quest'azione richiedonsi conseguentemente varie condizioni.

Il possesso, per la sua legittimità, dev'essere continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco, e con animo di tenere la cosa come propria; in altri termini, deve manifestarsi con atti naturalmente proprii all'esercizio di un diritto (2).

Dovendo poi avere una certa durata, tale da renderne apprezzabile il carattere, venne all'uopo determinato il corso di oltre un anno (3).

Deve naturalmente eziandio concernere un oggetto suscettivo di giuridico possesso.

(1) Art. 694.
(2) Art. 689.
(3) *Relaz. Gov.* alla Proc. Civ.

Digitized by Google

Per autorizzare l'azione di manutenzione, la molestia al possesso deve inoltre rivelare una pretesa alla proprietà od al possesso stesso, e così apparire come una vera negazione del diritto del possessore.

Infine, l'azione deve proporsi entro l'anno, a partire dall'atto della molestia, termine perentorio, scaduto il quale cessa l'azione.

Di tutti questi elementi giuridici, che sono causa e fondamento dell'azione di manutenzione, è mestieri pertanto di trattare in distinti capi, per mettere in chiaro l'essenza dell'azione e la ragione della legge per la sua applicazione ai vari casi.

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Possesso continuo, non interrotto.

---

§ I.

36. Il possesso vuol essere continuo, tale cioè, che quando la natura del diritto, al quale si pretende, richiede qualche atto di possesso, il possessore lo abbia praticato: imperocchè altrimenti il possesso cessa di rappresentare quell'esercizio, mercè cui il diritto nettamente si estrinseca (1).

Possesso continuo e *possesso non interrotto* sembrano apparentemente vocaboli d'una istessa significazione. La legge però non moltiplica inutilmente le parole per esprimere un identico concetto, ed ogni parola deve avere il proprio significato.

Troplong (2), a spiegazione dell'analogia e della diversità dei due termini, osserva che la *non interruzione* del possesso si lega colla sua *continuità;* che non vi ha possesso continuo se fu interrotto; ma che la interruzione si riferisce più specialmente ad una soluzione di continuità operata per fatto altrui, o per volontaria cessazione dal possesso.

Dalloz, osservando che il possesso dev' essere continuo e non interrotto, ne esplica complessivamente il senso, non dovere, cioè il possesso essere stato temporaneamente abbandonato dal possessore, nè aver sofferto lacune pel fatto di un terzo. Così colui che riprende l'immobile, del quale aveva abbandonato espressamente o tacitamente il possesso, non può più prevalersi

(1) *Relaz. Gov.* alla Proc. Civ.
(2) *De la prescript.*, n° 349.

Digitized by Google

di questo precedente possesso, come non lo potrebbe chi venne momentaneamente spossessato da un terzo.

37. La prima qualità, atta a dimostrare legittimo il possesso, è quindi la *continuità*, come insistenza visibile sulla cosa, che supplisce alla prova dell'acquisto del possesso. La serie successiva degli atti di possesso ne comprova in effetto l'esistenza, e dalla importanza e complesso di questi atti è costituita la continuità.

Ma se all'acquisto del possesso di una cosa ricercasi la volontà congiunta al fatto dell'occupazione, è però certo che, acquistato per tal modo il possesso, può essere conservato colla sola intenzione. V'ha per conseguenza continuazione di possesso sempre quando si usa di una cosa secondo la sua natura e la la sua destinazione, quando, cioè, il possesso, il quale non può manifestarsi che a certi intervalli, con fatti distinti e più o meno separati, viene esercitato in tutte le occasioni e in tutti i momenti, in cui dev'esserlo; e non è stato interrotto da assoluta desistenza dagli atti e dall'abbandono del possesso, o da atti contrari provenienti da terzi.

L'*animus possidendi*, che è uno dei requisiti essenziali del possesso manutenibile, supplendo alla insistenza materiale, induce la continuità. Non si può in effetto pretendere una continuazione di fisici atti, quando non occorrono al godimento e così all'esercizio del possesso. Se in sostanza uno esercita gli atti di possesso nelle occasioni e tempo che la qualità e destinazione della cosa esigono, senza un contrario fatto turbativo, conserva questo possesso l'estrinseco carattere della continuità.

Vi sono delle acque, ad esempio, il cui uso è determinato ad una sola stagione, ed anche ad una sol volta nell'anno; e vi sono beni, nei quali non si raccolgono frutti, che a lunghi intervalli, come avviene per riguardo ad un bosco ceduo, al cui taglio non si procede che dopo un assai lungo periodo d'anni; vi sono pure diritti reali, che solo si esercitano ad epoche lontane le une dalle altre. — Ma ciò non toglie la continuità del possesso, e così il diritto nel possessore di chiedere d'esservi mantenuto, quantunque gli ultimi fatti rimontino ad epoca più lontana di

Digitized by Google

un anno, semprechè il suo avversario non possa opporgli un possesso contrario (1).

Quando trattasi di possesso, che non può manifestarsi che in determinate epoche, voler ridurre il possessore a stabilire fatti di possesso fuori di luogo e tempo, sarebbe irrazionale; e verrebbe a mancare soventi volte la tutela del possesso di quei beni, la cui natura o la destinazione solo esige atti possessorii a lunghi intervalli.

Il possesso pertanto, che la legge in questi casi ricerca, non è un fatto che operi sulle cose in ogni istante e in modo continuo, anzi neppure un fatto avvenuto nell'anno; basta di provare di aver proceduto agli ultimi tagli, di aver fatto le ultime opere, gli ultimi atti di godimento, per poter esercitare con fondamento l'azione di manutenzione contro il perturbatore (2).

38. Dalla disposizione dell'art. 691 del Codice Civile, secondo cui il possessore *attuale*, che provi di avere posseduto in un tempo più remoto, si presume che abbia pure posseduto nel tempo intermedio, non può trarsi argomento contrario ai principii avanti espressi. — E invero, non vuolsi da detta disposizione conchiudere, esservi il solo possesso nel tempo intermedio, che si conservi coll'intenzione; poichè la legge non ha punto pronunciata l'esclusione del possesso intenzionale, che termina il punto da essa segnato; ma ha unicamente stabilito una presunzione di possesso a favore del possessore, che al possesso attuale congiunge l'antico. In questo caso il medesimo è dispensato dalla prova del possesso intermedio, spettando all'avversario di distrurre questa presunzione colla positiva prova del proprio possesso e non già con una prova negativa, che sarebbe rigettata dalla ragione e da ogni legale principio; mentre in caso diverso

(1) Molti esempi porge in proposito il *Digesto* al tit. *De aqua quotidiana et æstiva.*

La *Leg. 3, Dig., De adquir. vel amitt. possess.* applica lo stesso principio ai pascoli: *Saltus hybernos, æstivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.*

(2) *Giur. ital.*, vol. VI, 1, 567.

POTHIER, *Des possess.*, n° 53.

Diar. for., vol. XXXVI, pag. 145.

Digitized by Google

sarebbe il possessore attuale tenuto a dare la prova del possesso intermedio, e solo rimarrebbe all'avversario di ricorrere alla prova contraria.

Sembra adunque non dubbio che un possesso, il quale non ha consistito che nell'intenzione durante l'anno che ha preceduto la molestia, possa, se ha per base un legittimo anteriore possesso di fatto, avere i caratteri della continuità, e sotto tale aspetto autorizzare l'azione di manutenzione contro colui, che non ha avuto la reale detenzione della cosa in questione, durante questo tempo. — E in conseguenza il giudice può ricercare detto possesso di fatto, risalendo anche ai tempi anteriori all'ultimo anno, nello stesso modo che egli può consultare un titolo antico per apprezzare la natura e il carattere del possesso.

La legge, esigendo il possesso di oltre un anno anteriore alla molestia, non proibisce di risalire più alto per conoscerne l'esistenza e per apprezzarne i caratteri; ciò che essa vieta si è di determinarsi unicamente in vista di un godimento antico, che abbia realmente cessato per oltre un anno avanti la molestia.

Però vuolsi considerare che se le lacune e i vuoti in un possesso di trenta e più anni si sentono poco e possono facilmente conciliarsi col concetto della continuità, non così avviene di leggieri nel ristretto campo del possesso annale; epperciò dovendo darsi al principio una giuridica espressione nel fatto pratico, è d'uopo considerarne la relazione al fatto medesimo, e non dimenticare, nell'applicazione, trattarsi di possesso, che la legge in via puramente eccezionale, per iscopi di generale utilità, protegge.

Gli enunciati principii vennero pure ridotti in precetto legislativo dall'art. 700 del Codice Civile, relativo alle servitù ed al modo del loro esercizio; stabiliendo che in tutte le questioni di possesso in materia di servitù la pratica dell'anno antecedente, e, quando si tratti di servitù esercitate ad intervalli maggiori di un anno, quella dell'ultimo godimento determina i diritti ed i doveri tanto di chi ne gode, quanto di chi la deve, e d'ogni altro interessato. Con queste ultime parole si è voluto esprimere il dovere di rispettare l'ultimo stato delle cose e il diritto di continuarvi in linea possessoria.

Digitized by Google

39. Borsari, nei dotti suoi commenti al Codice Civile, dopo aver osservato che le circostanze di fatto, saggiamente apprezzate dal magistrato, sono la scorta migliore per giudicare della continuità del possesso, accenna al caso di esistenza di vestigia di opere antiche.

« Si è creduto, egli osserva, che le vestigia tuttora esistenti di opere antiche conservino il possessò a que' proprietari, che hanno da lungo tempo cessato di fare atto d'esercizio di una servitù che ritenevano. Il Codice italiano professa di non attribuire alcun valore a codeste informi testimonianze del passato; e ciò dichiara nell'art. 669 in relazione alla servitù di presa d'acqua: oggetto speciale, è vero; ma indagando altre specie, nelle quali giova il principio che *per signum retinetur signatum,* si vedrebbe che il caso, in cui potrebbe essere più proficua una tale rappresentazione di un possesso non ancora estinto, sarebbe quello. Ora è inutile domandare, se in fatto di manutenzione in possesso si possa mai usufruttuare quella idea, mentre non si tratta di un possesso morto e quasi a dire monumentale; ma bisogna provare l'esercizio di un possesso attivo, eccettochè abbia fondamento nel titolo di proprietà (1).

§ II.

40. Passando poi alla qualità del possesso *non interrotto,* già si notò non doversi la non *interruzione* confondere colla *continuità.* Colla parola *interruzione* si esprime, in tesi generale, una causa per lo più estranea al possessore, indipendente dalla di lui volontà, ma che toglie al suo possesso la *continuità.* — *Naturaliter interrumpitur possessio, quum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur (Leg. 5, Dig., De usurp. et usuc.).*

Borsari osserva a tale oggetto, doversi tener conto di altre specialità della interruzione, potendo essa portare la perdita del possesso, od anche non portarla, e conseguentemente potendo, nella considerazione degli effetti che ne derivano per rapporto alla

(1) *Comm.* alli art. 685, 686, § 1431.

Digitized by Google

manutenzione, complicarsi la situazione. E adduce un esempio:

« Tizio ha occupato il fondo *A*, e lo ha ritenuto durante sei mesi. Allora è venuto un Caio qualunque e a sua volta lo ha occupato, sicchè a Tizio fu interdetto di valersene. Dopo due mesi, questi vi è rientrato non con regolare giudizio di reintegrazione, ma con vie di fatto. Al compiere dell'anno, Sempronio fa opposizione al possesso di Tizio con mezzi materiali e giuridici, e costui si trova in condizione di non poter difendere il suo possesso per non averlo ritenuto nel corso di un anno intero. Certo egli non ebbe in animo di abbandonarlo, perchè gli fu tolto, ed egli lo ha riavuto soverchiando il suo avversario; ma si è verificata nondimeno una sospensione nel suo possesso ed una sottrazione al termine annuale. »

41. La interruzione può essere naturale o civile; e di questo duplice carattere del turbamento del possesso si parlerà diffusamente nel capo, che riflette le molestie di fatto e di diritto.

Vuolsi intanto notare che non potrebbe il possesso venir interrotto da un accidente puramente naturale, come, per esempio, da un' inondazione: quand'anche l'accidente abbia durato più d'un anno. La cessazione della materiale ritenzione non implica in questo caso l'intenzione di non continuare a possedere; nè altri può affermare d'aver esso nel frattempo posseduto, nè tampoco di aver voluto e potuto possedere. Il possessore seguita perciò a conservare colla intenzione il suo possesso.

Ma se, cessata l'inondazione, esso più non si curò di fare i necessari atti di possesso, se, a modo d'esempio, lasciò trascorrere l'epoca adatta alla seminagione, o propria ad altri atti di ordinaria coltura, cessando da ogni manifestazione di realtà di possesso in faccia al pubblico, in questo caso non potrebbe opporsi la mancanza del carattere della non interruzione, se non intervenne un contrario atto di possesso per parte di terzi; ma potrebbe mancare al possesso il requisito della continuità.

La interruzione naturale, di cui parla l'art. 2124 del Codice Civile per rapporto alla prescrizione, non può riferirsi al possesso annale; epperciò la *continuità* e la *non interruzione* voglionsi intendere nel senso proprio e generale di queste parole, e così senza una speciale determinazione di tempo.

Digitized by Google

La interruzione civile poi si riferisce essenzialmente al requisito del possesso pacifico; ma ha anche un senso suo proprio in ordine alla interruzione del possesso, troncandone la progressione in modo da rendere inutile il possesso anteriore, se non risale ad oltre un anno. Una citazione al possessore di un fondo, fatta qualche giorno prima del compimento dell'anno di possesso da uno, che ne pretenda la proprietà, toglierebbe al primo il beneficio dell'azione possessoria.

Digitized by Google

CAPO TERZO

Del possesso pacifico.

---

§ I.

42. La legge esige nel possesso la qualità estrinseca di *pacifico*, non potendo un possesso contrastato presentarsi come un fatto giuridico, che faccia presupporre un diritto e meriti protezione.

V' hanno autori che confondono questa qualità del possesso colla *non interruzione*. — Ma la legge distingue i due attributi, dando loro un significato diverso, e a giusta ragione. Se l' interruzione toglie sempre al possesso il carattere di *pacifico*, vi sono però casi, in cui un possesso può non essere pacifico, quantunque non interrotto. Chi tiene una cosa per violenza fisica o morale non può dirsi investito d'un pacifico possesso, non godendo pacificamente della cosa presa e tenuta per violenza; e così anche chi tiene clandestinamente l' altrui cosa, mancandovi il requisito dell'acquiescenza per parte degli aventi un interesse contrario. La legge, esigendo un possesso pacifico, suppone che possa essere contrastato e non lo sia, un possesso, cioè, esercitato in modo palese colla coscienza del diritto, e come tale rispettato. Ma la violenza e la clandestinità escludono siffatta qualità giuridica.

Un attentato, per contro, al possesso, respinto e non più rinnovato, non toglie al possesso la qualità di pacifico, quando effettivamente non altera lo stato delle cose e non interrompe il corso del possesso. Se però gli attentati si ripetessero, il

Digitized by Google

possesso perderebbe il carattere pacifico, malgrado fossero ogni volta respinti; giacchè una continuata pretensione sulla cosa dimostrerebbe un vero contrasto tra le parti.

Gli atti giudiziarii portano un' interruzione formale, a senso dell'art. 2125; epperciò un possesso, che è oggetto di controversia in giudizio, non è pacifico. Ma se il possessore può far respingere la domanda contraria, il possesso riprende il suo legittimo stato normale. — La lotta giudiziale non vuolsi equiparare ad una insistente continuata opposizione di fatto; è invece, come dice Borsari, un contrasto di ragione, e, se risulta che la ragione stava per me, è pure giustizia che io non sia pregiudicato nei diritti del possesso. Un argomento in appoggio di siffatta opinione può anche derivarsi dall'art. 2128.

Se una citazione e domanda giudiziale hanno potuto togliere momentaneamente al possesso la qualità di pacifico, in conseguenza della molestia civile, si ha però questa come non avvenuta nei casi specificati da detto art. 2128 del Codice Civile, le cui disposizioni, pel principio stesso cui s' informa la legge, sono applicabili alla manutenzione, sebbene si riferiscano specialmente alla prescrizione. Se uno recede dalla domanda o la lascia perimere, riconosce le ragioni del possessore e abbandona le sue pretese; e, se una sentenza rigetta queste pretese proposte contro il possessore, si riafferma il costui diritto. Abbandonate quindi o respinte come ingiuste le pretese del terzo, è ridonata al possesso la sua primitiva essenza.

Alcuni autori, per giudicare se un possesso sia pacifico, pensarono, doversi risalire all' origine del medesimo, e non potersi avere per pacifico il possesso, il di cui principio fosse dovuto alla violenza.

Questi autori confusero evidentemente due caratteri tra di loro distinti. Un possesso può dovere il suo principio alla violenza, e, sinchè questa dura, non può dirsi pacifico; ma può essersi in seguito trasformato in possesso pacifico, e dar luogo all'azione di manutenzione. E, per contrario, può un possesso non ripetere la sua origine dalla violenza e non essere stato pacifico durante il tempo necessario all'esercizio dell'azione di manutenzione.

Digitized by Google

Il Codice Civile italiano impedisce che possa riprodursi una simile questione, avendo, come il Codice Albertino ed altri codici moderni, disposto all'art. 689, non potere gli atti violenti o clandestini servir di fondamento all'acquisto del possesso legittimo; poter questo tuttavia cominciare quando la violenza o la clandestinità sieno cessate.

§ II.

43. Il carattere legale e proprio del possesso, essendo sostanzialmente di essere esclusivo come la proprietà, non può dirsi pacifico un possesso se non è, come avanti, esercitato senza contrasto e in modo da includere la tacita adesione per parte della persona interessata in contrario. Cessa per conseguenza il possesso di essere pacifico, se un terzo, prima che sia trascorso il tempo voluto per l'esercizio dell'azione di manutenzione, vi apporti una molestia, che più tardi avrebbe potuto attribuire al molestante l'azione possessoria di manutenzione, ove altro non ostasse. Tale definizione del carattere della molestia dimostra anche come non ogni molestia al godimento tolga al possesso la qualità di pacifico ed autorizzi l'azione possessoria per turbativa. Non devesi invero confondere le conseguenze del fatto, cioè il danno, col fatto stesso, in quanto che, se ogni fatto illecito sulla proprietà altrui produce materialmente un danno, non ne deriva però sempre una turbativa di possesso. Il fatto può assumere qualità diverse, secondo la mente dell'agente e le conseguenze. Perciò il fatto non riveste il carattere di vera turbativa del possesso, come già si osservò, se non compare come la negazione od una restrizione del diritto del possessore, rivelando una pretesa sulla cosa, quand'anche l'atto non sia per sè capace di attribuire al molestante un giuridico possesso, come nel caso dell'esercizio di una servitù discontinua, non appoggiata a titolo.

I fatti di guasti e danni ai fondi, alle siepi, alle piante, ai frutti e simili, non accompagnati da alcuna intenzione d'acquisto

Digitized by Google

del possesso, possono generare l'azione pel risarcimento dei danni, assumendo il carattere del furto o di un abuso qualsiasi, non già togliere al possesso la qualità di pacifico e produrre l'azione possessoria (1).

Il N° 1 dell'art. 82 del Codice di Procedura Civile distingue appunto le azioni derivanti per siffatti guasti e danni dalle azioni possessorie designate al N° 2.

Lo stesso dicasi di altri fatti, come sarebbe quello di cacciare nei poderi altrui, non includendo l'intenzione di impossessarsi del podere o di esercitare un diritto di servitù.

Non è poi necessario, per togliere al possesso la qualità di pacifico, che l'atto sia materialmente dannoso al possessore; ma basta che si appalesi come l'esercizio di un diritto e possa suscitare un conflitto sul possesso (2).

Può anche compiersi un atto di molestia al possesso, fuori del fondo che uno possiede, sia recando nocumento a questo fondo, o anche solo vero pericolo di danno, sia impediendo l'esercizio di un diritto inerente allo stesso fondo.

Con queste osservazioni si è cercato di dare un' idea degli atti, che, turbando il possesso, gli tolgono il carattere di pacifico, e così di dare alcuni criterii pel loro apprezzamento; giacchè la legge non ne dà la definizione e non ne precisa la natura giuridica. Si può però anche per analogia di principii ricorrere alle disposizioni degli articoli 2124, 2125 e 2129 del Codice Civile, le quali, limitative in ordine alla interruzione della prescrizione, divengono indicative quando si tratta d'indagare se un possesso sia pacifico.

Molti altri fatti possono spogliare il possesso del carattere pacifico, ed al capo relativo alle molestie di fatto e di diritto verranno esposti vari altri esempi.

(1) *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 453.
(2) *Cassaz. di Torino*, 18 aprile 1872; *La Giurisprud.*, 1872, pag. 450; *Giur. ital.*, vol. XIX, 1, 372.

Digitized by Google

CAPO QUARTO

Del possesso pubblico.

---

§ I.

44. Per elevare il fatto della detenzione a causa giuridica, avendo la legge dovuto apporvi condizioni, che potessero attribuire al fatto l'apparente manifestazione di un diritto, la pubblicità era di certo una delle più essenziali. E invero il possesso non potrebbe produrre apparenza di ragione ed effetti giuridici, se non fosse palese, tale da poter essere da tutti conosciuto.

Gli atti del possesso non inducono il diritto per se stesso; ma bensì per presunto concorso dell'adesione di chi abbia un interesse contrario; o, in altri termini, pel concorso della costui scienza e pazienza; e certo non potrebbe presumersi siffatto consenso, se gli atti di possesso non fossero visibili esternamente a tutti e di natura da togliere ogni dubbio sul loro carattere.

Da queste considerazioni si scorge, non trattarsi punto di scienza di fatto storico, verificata in un vero padrone, bensì di scienza presunta e d'ipotesi legislativa.

Non è, cioè, assolutamente necessario che la persona interessata sia informata del possesso, che ha luogo a suo pregiudizio: si richiede però che gli atti di possesso non sieno nascosti o clandestini, ma sieno in vece tali che le persone interessate vegliando, o facendo vegliare ai loro diritti, abbiano potuto esserne istrutte.

Una cosa pubblica può, è vero, non essere conosciuta da alcune persone; ma ciò non ne toglie per nulla la pubblicità e la conseguente presunzione legale.

Digitized by Google

La legge adunque non esige che il possesso sia conosciuto da tutti, nè in modo speciale da chi volesse in seguito contestarne la legittimità, ma che abbia avuto luogo in modo aperto, preciso e permanente, senza il menomo tentativo di tenerlo nascosto all'altrui sguardo (1).

Le persone interessate non possono addurre in questo caso scusa alcuna; esse si presumono aver saputo ciò che hanno verosimilmente potuto sapere. Bisogna informarci di ciò che ci interessa, e, non facendolo, dobbiamo accusare noi stessi del danno che possa accaderci. Ignorare quello che risulta da un atto pubblicamente manifesto, è colpa grave: *Lata culpa est nimia negligentia, idest non intelligere, quod omnes intelligunt* (2).

Quindi la clandestinità, la quale esprime il concetto contrario della pubblicità, è un ostacolo all'acquisizione di un diritto, non indicando l'intenzione di acquistare ed escludendo la scienza e il conseguente assenso degl'interessati. E invero, un atto che si nasconde non può mai avere un significato di padronanza da una parte, nè indurre nell'altra una presunzione di tacita adesione. — Manca perciò al possesso materiale la qualità di indicativo di un dominio rispettivamente ceduto ed acquistato, non potendo il consenso intervenire che sovra un oggetto riconosciuto; e l'ignoranza togliendo il consenso al pari dell'errore.

Romagnosi (3) osserva a questo proposito che, a stabilire gli estremi del consenso, sono necessarie la *precognizione* e la *libertà*. La *precognizione* circa l'oggetto di cui si tratta, o l'atto da altri praticato. La *libertà*, circa la facoltà per parte degli interessati, di poter rifiutare o respingere la pretesa dell'altra parte. Tutto ciò che colpisce la piena cognizione delle cose, tutto ciò che colpisce la piena libertà di agire a proprio beneplacito, vizia o toglie il consenso, com'è per se stesso notorio. E, venendo ai testi della legge, veggiamo in primo luogo che la precognizione dell'atto avversario si esige almeno presunti-

(1) *Clam possidere, cum diximus, qui furtive ingressus est possessorem, ignorante eo quem sibi controversia facturum suspicabatur, et ne faceret timebat; Leg. 6, Dig., De aquir. vel amitt. poss.*

(2) *Leg.* 213, § 2, *Dig., De verb. signif.*

(3) *Condotta delle acque,* part. I, cap. 2, sez. I, § 6.

Digitized by Google

vamente colla *pubblicità* e non equivoca forma dell'atto, o, a dir meglio, coll'atto palese, praticato da chi pretende di acquistare un dominio totale o parziale, e quindi qualunque reale diritto, compreso appunto nella sfera generale nel dominio. »

45. Stabiliti questi principii, si potrebbe chiedere, se un possesso possa essere valevole anche quando fosse stato solamente conosciuto dalla persona, contro la quale si vuole esercitare l'azione di manutenzione.

E sembra doversi rispondere affermativamente; giacchè per parte di questa persona non si potrebbe più allegare che il possesso fosse clandestino. La pubblicità ha per effetto di stabilire la presunzione della conoscenza del possesso; ma la certezza di fatto deve prevalere ad una semplice presunzione.

Può aggiungersi, col Borsari, che quella, che non sarebbe una vera pubblicità, può esserla per rapporto al proprietario, nel quale veramente si accentra l'importanza della cognizione. È stato deciso più volte che, se al proprietario è nota personalmente l'usurpazione che gli è stata fatta, poco importa se al pubblico curioso non si manifesta. Il vicino traforando un muro, che divide la mia cantina dalla sua, vi si è inoltrato, collocandovi ad agio i suoi vasi di vino. Io lo so, perchè scendendo nella cantina l'ho veduto; se io tacqui, non potrei d'allora in poi allegare l'eccezione di clandestinità (1).

§ II.

46. Non essendo possibile di dare sulla materia regole assolute, aggiungeremo alcuni esempi a schiarimento. V'ha possesso clandestino rispetto agl'immobili, se uno pratica, ad insaputa del proprietario, un sotterraneo, una cantina, un'escavazione sotto l'edifizio o terreno del medesimo, senza che quest'opera occulta si manifesti con qualche apertura al di fuori, per esempio, con una finestra che lasci scoprire quanto avviene sotterraneamente.

(1) *Comm. al Cod. Civ.*, art. 686.
V. Sentenza della Cassazione di Firenze, 24 aprile 1873; *La Giur.* 1873, pag. 351.

Digitized by Google

Pothier (1), osservando che le escavazioni con inoltramento non attribuivano, malgrado un lungo lasso di tempo, alcuna efficacia al possesso di colui che le avesse eseguite, sentenziava che se uno nel formare od ingrandire la sua cantina si fosse inoltrato nel terreno del vicino (naturalmente a costui inscienza), e quindi avesse alienato la casa, compresa la cantina come sovra formata nel fondo altrui, neanco l'acquisitore avrebbe potuto prescrivere il diritto di ritenerla, non essendo pubblico il suo possesso (2).

Un inoltramento occulto a danno del vicino può pure facilmente avvenire nella coltivazione delle miniere.

Duranton (3) opina, doversi riguardare come possesso clandestino, e non soltanto di mala fede (lo che è ben diverso), quello di un individuo, che compri da un fittaiuolo l'immobile preso a fitto, sapendo essere cosa altrui, e che quindi posseda per mezzo del suo venditore, il quale per connivenza con lui siasi riservato un lungo termine per la tradizione, o abbia venduto con riserva di usufrutto, e intanto continui nella locazione e paghi il fitto al proprietario, per evitare di essere espulso. Può accadere la stessa cosa nel caso di uguale vendita fatta, per esempio, da un usufruttuario. In questi casi il compratore non ebbe dal venditore che un possesso clandestino, un possesso concertato in modo da toglierne la conoscenza al proprietario. Anche il compratore, che avesse acquistato in buona fede, e che, avuta poscia conoscenza della qualità del venditore, avesse continuato a possedere per costui organo, non potrebbe mai addurre che un possesso clandestino. Vuolsi eccettuare il caso, in cui detto compratore avesse fatto conoscere il suo possesso al proprietario, il quale potendo allora fare gli atti opportuni a tutela di sue ragioni dovrebbe imputare a se stesso di non averli fatti. E invero, secondo l'art. 2239 del Codice francese, conforme all'art. 2117 del Codice Civile italiano, coloro, ai quali i conduttori, depositarii ed altri possessori a titolo precario hanno ceduto la cosa a titolo di proprietà, possono prescriverla. —

(1) *Traité de la prescript.*, n° 37.
(2) VAZEILLE, n° 46 e MERLIN, *Répert. univers.*, *De prescript.*
(3) *Prescript.*, tit. XX, cap. 2, sez. 3.

Digitized by Google

La vendita è un titolo traslativo di dominio e puossi possedere per mezzo del proprio venditore, come per mezzo di chiunque altro; ma per prescrivere è necessario che il possesso abbia tutti i caratteri e la durata stabilita dalla legge; e questi caratteri può benissimo averli in detto caso (1).

47. Talvolta l'usurpazione avviene in modo successivo e lento, a gradi quasi impercettibili, senza cioè l'esteriore apparenza di un fatto pubblico, che non possa isfuggire all'altrui occhio ed alla conoscenza, in ispecie, di chi non ne è in sospetto. Ciò accade ordinariamente in beni limitrofi ed aventi coltura uguale, nella occasione dell'aramento, della mietitura delle biade, della falciatura dei fieni e del taglio dei boschi cedui. Sono usurpazioni poco ragguardevoli e difficili a scoprirsi, e inette conseguentemente a produrre un giuridico possesso, siccome di natura clandestina.

Vi sono però casi, in cui un'usurpazione anche poco ragguardevole di terreni può presentare distinti e positivi caratteri di pubblicità; quando, cioè, sulla usurpata anche piccola estensione di terreno vi sieno alberi o siepi, che l'usurpatore abbia goduto od atterrato da oltre un anno, o fossi che abbia riempiuto,

(1) Giova qui riferire la seguente fattispecie decisa dalla Corte Reale di Parigi con sentenza 28 febbraio 1824, e i cui principii vennero implicitamente adottati dalla Corte di Cassazione:

« Un privato aveva estratto delle pietre da una cava sotterranea. Il Comune a cui apparteneva il terreno, la fece chiudere. Venne promossa l'azione di manutenzione; sull'appello si ordinò la prova del possesso; le informazioni ebbero luogo per una parte e per l'altra; ed una sentenza definitiva mantenne l'attore nel possesso della cava.

« Il Comune si provvide in Cassazione contro la sentenza definitiva solamente, e si fondò sulla ragione, che una cava sotterranea non poteva essere posseduta pubblicamente da un terzo. Il ricorso fu ammesso; ma avanti alla Camera civile il convenuto oppose l'inammessibilità, risultante da ciò che la sentenza, la quale aveva ordinato la prova testimoniale del possesso, era stata eseguita e non era stata oppugnata. L'opposizione d'inammessibilità venne accolta; ma la dottrina dell'attore era sembrata alla Corte di Cassazione così giusta, che senza alcuna necessità gli ha dato in certo modo la sua approvazione. La Camera dei ricorsi aveva fatto altrettanto, ammettendo la supplica. »

Un'altra specie di possesso clandestino si ha pure nel seguente fatto:

« Il proprietario di un terreno, sotto il quale vi esisteva una cava, lo fece scavare al disotto per mezzo di pozzi, dall'anno 1713 sino all'anno 1721, e

Digitized by Google

oppure siensi verificati altri fatti aventi un uguale preciso carattere. In questi casi i fatti portano una evidente impronta di padronanza e di pubblicità; e il vicino non può tollerarli tacendo, senza riconoscere nell'autore dei fatti un diritto di proprietà.

E possono anche questi successivi leggieri inoltramenti dare luogo a possesso manutenibile, quando tra i contigui fondi esistono termini visibili, che delimitano e dimostrano la linea divisoria, od altri precisi ed equivalenti segni, come sarebbe un cespuglio, una frazione di siepe, un albero, una pietra, od una diversa natura, posizione o livello dei beni stessi, che ne indichino i limiti. Anche in questi casi può l'usurpazione presentarsi in tutta la sua evidenza e dar luogo ad un possesso pubblico e non equivoco (1).

§ III.

48. Vi ha poi discordanza di opinione, specialmente negli autori francesi, sul punto se il possesso, per l'esercizio della azione possessoria, debba essere stato pubblico durante tutto il tempo richiesto dalla legge, e così da oltre un anno.

progredì considerevolmente sotto il terreno del suo vicino, il quale non se ne avvide che nell'anno 1754, quando volle anch'egli scavare il suo terreno. Intentò allora la sua domanda pei danni ed interessi, a cui venne opposta la prescrizione. Egli rispose che i lavori essendo stati nascosti, i pozzi essendo stati in seguito riempiuti, e l'usurpazione non avendo potuto essere scoperta che allorquando egli aveva voluto far lavorare nel suo terreno, la massima *contra non valentem agere non currit prescriptio* doveva essere applicata, e che la prescrizione non aveva potuto cominciare a decorrere che dal giorno in cui egli aveva conosciuta l'usurpazione. E fu così giudicato con decisione delli 16 giugno 1755 confermativa della sentenza del Châtelet (*). »

(*) DENIZART, voc. *Prescription*, n. 25.

(1) PASTORE, *Comm.*, art. 2364 Cod. Civ. Alb.; PARDESSUS, *De servit.*, n° 126, GARNIER, *Act. poss.*, pag. 70.

Nei casi in cui le usurpazioni danno soltanto luogo ad un possesso clandestino, il vicino che, dopo di essere stato spogliato da oltre un anno di una parte del suo terreno, ne riprende il godimento all'occasione della coltura o di altro atto di padronanza, non può convenirsi in giudizio per turbato possesso. Questa ripresa non può considerarsi come una via di fatto riprovata dalla legge, ed ordinarsene la repressione pel motivo, che a nessuno sia lecito di farsi giustizia di propria mano.

Digitized by Google

Alcuni opinano che, per conoscere se il possesso sia clandestino o non, occorra risalire all'origine del medesimo; e che, se uno ha in principio posseduto pubblicamente e di buona fede, non cessi il corso utile del possesso, benchè ne nasconda in seguito gli atti. — Se poi, all'opposto, si è cominciato a possedere in modo clandestino, colla coscienza di non avere giustamente acquistato, non si possa più avere un possesso atto alla prescrizione, quand' anche si fosse immediatamente od in seguito denunciato il possesso al proprietario.

Costoro si appoggiano al testo della legge 40, § 2. *Dig., De acquir. vel amitt. possess.*

Ma l'opinione contraria è adottata da altri ed in ispecie da Vazeille (1).

Egli fa notare in proposito la discrepanza delle leggi romane e la difficoltà di conciliarle, e conchiude che la pubblicità deve accompagnare il possesso per renderlo efficace; e che perciò, quando la clandestinità succede al godimento pubblico, cessa il possesso di essere operativo di effetti giuridici. — E, all'opposto, il possesso clandestino in origine, se cessa di essere tale in seguito e diviene pubblico, incomincia da tal punto un corso utile per la prescrizione, e può produrre il diritto all' azione possessoria, se, cessata la clandestinità, abbia durato pel tempo all'uopo richiesto.

E questa opinione vuolsi preferire alla prima, siccome più conforme ai principii di diritto. Di fatti, un possesso pubblico nella sua origine, ma occulto durante una parte dell'anno, non potrebbe certamente autorizzare l'azione di manutenzione, mancandovi la durata degli atti pubblici pel tempo richiesto, onde il silenzio della parte avente un interesse contrario possa, equivalendo ad un consenso, far presumere legittimo il possesso; e la legge poi, esigendo che il possesso sia continuo e pubblico, richiede necessariamente che la continuità sia accompagnata dal carattere della pubblicità.

È vero che il possesso si conserva, come si è già osservato, colla sola intenzione, anche senza alcun atto esteriore di godimento, finchè un terzo non reca turbamento a tale possesso;

(1) *Des prescriptions*, n. 47 *et* 48.

Digitized by Google

ma, nel caso avanti accennato, il fatto distrugge l'intenzione, mette gl'interessati nella impossibilità di reclamare, ed un possesso occulto si è sempre paragonato a quello che non esiste: *Paria sunt non esse, et non significari.*

Potrebbe aggiungersi che la moderna legislazione non condanna già direttamente, a proposito di quest'azione, la clandestinità, come facevano le leggi romane, ma si limita ad esigere la pubblicità del possesso per oltre un anno; e non devesi perciò ricercare altro. — Può però siffatta questione dirsi nel nostro diritto radicalmente risolta dal canone di ragion naturale, tradotto in legge dall'art. 689 del Codice Civile, il quale, dopo aver dichiarato che gli atti violenti e clandestini non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo, stabilisce che *esso tuttavia può cominciare, quando la violenza o la clandestinità siano cessate.*

Ho creduto però bene di far cenno delle dette discrepanti opinioni e dei principii invocati da una parte e dall'altra, parendomi, potere la relativa discussione servire di qualche norma nelle applicazioni del diritto in alcune altre questioni, che possono insorgere.

Digitized by Google

CAPO QUINTO

Del possesso non equivoco.

49. Colla condizione di un possesso *non equivoco,* forse ancor meglio che in quello di possesso *pubblico,* si mira a conservare, sotto il presidio di un precetto negativo, il carattere morale del possesso, onde non rimanga alcun dubbio nè nella sua materiale efficienza, nè sulla volontà dell'operante. Così dicendo, non s'intende separare l'uno dall'altro questi caratteri del possesso, dovendo anzi concorrere insieme; ma per la retta intelligenza delle parole e per lo spirito, con cui sono dettate, giova osservare che codesto predicato di *non equivoco* nel possesso si applica più particolarmente alla natura degli atti possessorii ed all'animo del detentore (1).

L'atto di possesso deve adunque non solo essere visibile esternamente, ma essere tale da potersi non equivocamente caratterizzare per vero atto possessorio, quale suolsi praticare dai veri padroni. Un atto, comunque pubblico e notorio, ma di equivoca impronta, non è per sè capace di procacciare alcun diritto. Se, difatti, per legittimare quest'atto esigesi l'altrui consenso, e se il consenso non interviene che sull'oggetto conosciuto, ne deriva per logica conseguenza che un atto non esplicito, ma di dubbia significazione, mal può recare la prova di un consenso certo e non equivoco (2).

Richeri scriveva pure: *Cum possessio non acquiratur sine animo eamdem acquirendi, ex actu equivoco acquisita non præsumitur* (3).

(1) Borsari, *Comm.* all'art. 686.

(2) Romagnosi, *Condotta delle acque*, part. I, Cap. 2, Sez. I, § 6.

(3) *Cod.*, lib. 2, tit. 9, def. 29.

Stando ai migliori lessici *è equivoca* quella voce, che ha più significati e serve ad indicare più idee od oggetti diversi di essenza; e così pure *è equivoca* quella cosa o fatto, su cui si possono portare giudizi opposti.

Digitized by Google

E, invero, un atto d'incerta apparenza, inetto a dispiegare il suo vero carattere, non può presentarsi come l'esercizio di un diritto e del conseguente possesso civile.

La richiesta qualità di un possesso *non equivoco* non potrebbe pertanto considerarsi come una nuova ed inutile aggiunta agli altri requisiti voluti dalla legge. Col pretendere l'evidenza caratteristica del possesso si reca a vece perfezionamento al concetto giuridico delle altre designate qualità.

I vari caratteri, di cui dev'essere fornito il possesso, sovente si confondono anche tra di loro; ma hanno pur sempre un significato e valore distinto, e tutti devono concorrere a renderlo legittimo ed efficace.

50. Premesse queste osservazioni, è evidente doversi considerare essenzialmente equivoco il possesso, quando l'esteriore apparenza degli atti non dimostra la esplicita intenzione di possedere, e lascia quindi il dubbio, se gli atti procedano a titolo di proprietà o di diritto reale, o non sieno piuttosto la conseguenza di una fidanza derivante da una qualche causa precaria od abusiva.

« Il dubbio, l'equivoco del possesso nasce pure talvolta dalla materia, che n'è l'oggetto, in quanto essendo il luogo accessibile e quasi pubblico, non lascia comprendere, se chi viene frequentemente approfittando dei vantaggi, che presenta, intenda di fare veri atti di possesso. Vi sono certe lande vallive, sconfinate e non guardate, in cui si penetra facilmente a prendere canneti, giunchi, erbe palustri, anche con battelli, a pesca o a caccia; e qualche volta vi s'introducono animali a pascolo. Il possesso ha nei suoi proprii naturali caratteri la esclusività, l'individualismo. Dove molti prendono, senza spiegare una qualità propria, neppur quella di comunista, non si può dire che questo o quello abbia intenzione di possedere per sè: possesso non v'ha per alcuno. Ma qualora siffatta consuetudine si vada restringendo e, per così dire, personificando e si ricerchi se colui, che fa atti più frequenti, non sia da ritenersi un vero possessore; e visto che ciò non è chiarito, perchè altre considerazioni militano in contrario, si conclude che il *possesso è equivoco*.

« Per mezzo del proprio affittuale od usufruttuario si può

Digitized by Google

acquistare una ragione di possesso sul fondo del vicino. — Egli vi ha scavato un canale e immessovi le acque, e questo stato dura da oltre un anno. Ma si è nella circostanza che l'affittuario (o usufruttuario) detiene allo stesso titolo due fondi, che appartengono a due diversi proprietari. Primieramente sarebbe assai dubbio con quale intenzione abbia agito un usufruttuario e tanto più il conduttore, facendo opere a comodità propria, che forse dovevano sparire al cessare dell'usufrutto o della locazione. Ma, allorchè il dubbio, che muove dall'incerto scopo dell'agente nella situazione in cui si trova, si aggrava dalla condizione del duplice possesso di colui, il cui fatto può spiegarsi in modo affatto diverso da quello di voler costituire una servitù a profitto dell'uno o dell'altro fondo, è tale una ragione di possesso che non potrebbe allegarsi, perchè viziata d'equivoco » (1).

Altro esempio, degno di considerazione per la sua importanza teorica, si ricava eziandio da Troplong (2):

« Il comunista, comproprietario indiviso o socio, possiede una cosa per sè e per altri ad un tempo, derivando tale ragione di duplice possesso dalla natura del suo rapporto giuridico colla cosa stessa. E di qui la fondata presunzione che con quest'animo si ritenga il possesso dal comunista o socio. — Perciò, quando esso venga suscitando pretese più personali di possesso e non possa dare la prova più manifesta, che con tal intenzione esercitò i suoi atti, trova un ostacolo nella di lui qualità di socio e non potrà uscire dall'oscura atmosfera di un possesso equivoco. — È di certo possibile in un socio il possesso individuale, ma l'equivoco può solo essere vinto dal fatto palese e dalla corrispondente esplicazione di una non dubbia e ferma volontà. »

Però, come osserva lo stesso autore, un siffatto sviluppo è assai difficile che si operi nel corso di un anno; giacchè questa specie d'inversione o sviamento del titolo, se può talora apparire abbastanza chiaro per la esplicazione degli atti e del loro carattere in un lungo corso d'anni, ciò è meno facile in questione

(1) Borsari, *Comm.*, cit. art.
Belime, n° 55.
Scialoja, *Az. possess.*, pag. 448.
(2) N° 360 a 362.

Digitized by Google

di possesso annale. — Potrebbe tuttavia essere, quando il possessore avesse cumulate in un certo numero anteriore di anni le prove del suo possesso esclusivo.

Ma se il difetto della accennata qualità nel possesso di un comproprietario può facilmente apparire nei rapporti tra gli stessi comproprietari, non è così nei rapporti loro coi terzi; giacchè il possesso a titolo di condominio non presenta a costoro riguardo i caratteri della equivocità.

Perciò uno dei condomini o soci, che abbia detto possesso, può sempre far valere contro i terzi le azioni, che mirano alla conservazione della cosa comune. — Ogni condomino di un fondo indiviso ha in effetto diritto sulla totalità e sulle singole parti del fondo; la pluralità delle parti non toglie l'unità del diritto; e si considerano tutti come uniti in una solidarietà attiva per difendere e tutelare anche individualmente la proprietà ed il possesso comune.

Il possesso si presenta eziandio come equivoco nei casi degli insensibili inoltramenti ed usurpazioni già accennate al N° 47.

Digitized by Google

CAPO SESTO

Possesso con animo di tenere la cosa come propria e Possesso precario.

SEZIONE PRIMA

Possesso *animo domini.*

§ I.

51. Alla formola legislativa di possesso *a titolo di proprietà,* adoperata nel titolo della prescrizione dai precedenti codici (1), venne dal Codice Civile italiano sostituita l'altra di possesso *con animo di tenere la cosa come propria.*

Questa dizione appare più conforme alla esattezza del concetto ed all'ordine giuridico generale. — Non è, invero, il titolo di proprietà, che si richiede a caratterizzare il possesso, potendo questo esistere giuridicamente, malgrado gli manchi in origine la ragione di sua esistenza, e bastando che vi sia l'*animus possidendi pro suo,* e così quel senso interno che, tradotto in congeneri atti esteriori, vivifica e crea il possesso.

Nel Codice Civile Albertino figurava apparentemente una specie di distinzione tra il possesso, che servir doveva di base alla prescrizione, ed il possesso che autorizzava l'azione di manutenzione; si richiedeva, cioè, per la prescrizione un possesso *a titolo di proprietà,* e per l'azione di manutenzione un possesso *non a titolo precario* (2).

(1) *Cod. franc.,* art. 2229; *Cod. Due Sicilie,* art. 2364; *Parmense,* art. 2350; *Cod. Alb.,* 2364.

(2) Articoli 445 e 2364.

Anche il *Cod. di pr. franc.,* art. 23, parlava di possesso a titolo non precario, rispetto all'azione possessoria.

Digitized by Google

Però queste dissimili espressioni, l'una di concetto positivo e l'altra di concetto negativo, non arrecarono in giurisprudenza una differenza effettiva nell'apprezzamento delle condizioni del possesso, e tanto meno disparate teorie e conseguenze nella pratica applicazione.

E anche a tale oggetto più semplice e chiaro riesce il Codice italiano, il quale, esigendo per l'azione di manutenzione un possesso legittimo, risale alla disposizione generale dell'art. 686, che di tale possesso determina i precisi caratteri.

52. Dovendo adunque l'animo del possessore dar vita al possesso e manifestarne la natura ed estensione, nasce naturale la domanda del come possa rivelarsi quest'animo e darsi ai fatti estrinseci del possesso questo carattere morale.

È difficile sorprendere la intenzione vera nell'atto originario del possesso, essendo, in mancanza di titoli, per lo più assai limitata l'espressione, per sè sola, di una presa di possesso. — Se si dovesse indagare un lungo corso d'anni, come avviene quando si tratta del possesso, che forma la base della prescrizione, l'intenzione potrebbe anche quivi largamente estrinsecarsi e conoscersi, risalendo alle origini ed al successivo sviluppo dei fatti. — Ma l'azione possessoria si raggira in limitato periodo di tempo, e, dovendosi considerare l'attualità del possesso, non si può sempre agevolmente rintracciare la causa morale del medesimo; e una indagine sulla sua origine riesce anche in certi casi pericolosa, potendo condurre ad invadere il petitorio.

Però se si bada alla natura degli atti possessorii, per rapporto allo stato ed alla destinazione della cosa ditenuta ed alla persona del detentore, l'animo di tenerla come propria può in modo assai aperto trasparire o farsi presumere; poichè è dalle varie circostanze, e in ispecie dal modo di godimento, che all'intenzione è dato di manifestarsi sotto l'aspetto dell'esercizio di un diritto.

E qui i due caratteri di possesso *non equivoco* e di *possesso animo domini* si collegano e cospirano ad uno scopo, a rendere, cioè, palese l'indole del possesso e la mente del possessore. Sono due qualità che si spiegano e si aiutano a vicenda, ed anzi si immedesimano e si completano.

53. Circa alla manifestazione della mente torna pure opportuno

Digitized by Google

il seguente testo: *Animo sic quæritur, ut qui possessurus est, ipse hoc animo et affectu sit, ut velit rem non tenere tantum, sed pro sua tenere, idest, uno verbo, possidere.* — E quanto al possesso per mezzo d'altri: *Animo acquirere possessionem non possumus nisi nostro, quoniam non est in aliis, ut velimus, sed in nobis ipsis. At corpore adipisci possumus tum nostro, tum alieno. Idque jus est, ut, quisque nostro nomine sit in possessione, nos possidere videamur, non tantum ut retineatur nobis jam quæsita possessio, sed etiam ut volentibus acquiratur.* — Vi sono poi casi d'incertezza di possesso, che escludono l'*animus possidendi.* — Ed eccone un esempio: *Incertitudo rei hunc animum non admittit in parte fundi incerta, quam possidere velimus. Eo placuit incertam partem possidere neminem posse: cum alioquin certam quivis possit, sive ea divisa est, sive indivisa. Sed incertam partem hic intelligitur, quæ possessuro, eiusque animo incerta est. Ea est aut divisa, quæ ubi sit; aut indivisa quæ quota sit, ab eo ignoratur.*

Ut tamen possideri nequeat necesse est, ut duplici ratione sit incerta; et ratione quotæ, si nescitur quanta sit, et loci, si in quo angulo et ad quam cæli regionem quis possideat. Solam autem quotæ, solamve loci incertitudinem non impedire possessionem (1).

Ciò però non ha tratto ai rapporti dei comproprietari e comunisti verso i terzi, che rechino turbamento alla cosa indivisa e indistintamente tenuta.

54. Le persone poi che sono *incapaci di volere,* come, ad esempio, il minore, possono pur sempre esprimere la loro mente per mezzo dei loro rappresentanti. E può anzi incominciare il minore a possedere senza l'autorità del tutore: *Quia ea res, idest possidere, facti sit, non juris.* L'autorità tutoria si richiede nelle cose, *quæ sunt juris, et jure impediri possunt, ut est dominii, hereditatis etc. acquisitio,* non nelle cose che sono di fatto, come il possesso.

Anche i corpi morali, aventi personalità giuridica, possono per mezzo dei loro amministratori esplicare la intenzione di

(1) Hugonis-Donelli, *Comm.*, lib. IV, cap. X e lib. V, cap. VIII. *Leg.* 3, § 1, *Dig., De acq. poss.; Leg. ult. de usucap.*

Digitized by Google

tenere come propria una cosa. — *Non minus possidet universitas, quam privatus;* e presso di noi sono esplicite le disposizioni della legge (1).

§ II.

55. Siccome poi ad affermare l'animo *di tenere la cosa come propria* è d'uopo trovarsi in una condizione giuridica, che non escluda siffatta professione del diritto, è evidente che una detenzione od uso a titolo precario toglie ogni fondamento a detta affermazione.

La precarietà però non si suppone; è anzi massima ridotta in principio di legislazione, doversi presumere sempre che uno possieda per se stesso ed a titolo di proprietà, quando non si provi che abbia incominciato a possedere in nome altrui (2). Conseguentemente il possesso induce a favore del possessore una presunzione di legittimità, e tale presunzione acquista maggior gravità, se continuò senza interruzione nel corso di un anno, quando i fatti od atti esteriori del possesso sieno abbastanza caratterizzati per dinunziare chiaramente nel possessore una pretesa di proprietà o di un diritto reale. La presunzione contraria, schierandosi a vece contro il detentore, se questi cominciò a possedere in nome altrui, spetta al medesimo di dimostrare di aver avuto un possesso legittimo, in conseguenza della cessazione della precarietà, e così di mutazione di titolo o causa.

A migliore spiegazione intanto del tema occorre trattare del precario e dei possessori precarii.

(1) 425, 433, 2114, ecc. del *Cod. Civ.*
(2) Art. 687 del *Cod. Civ.*
Giur. ital., vol. XXII, 1, 956.

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

Possesso precario.
Possessori precarii e loro successori.

---

§ I.

56. Il precario, secondo il diritto romano, è la concessione gratuita dell'uso d'una cosa a qualcheduno, rivocabile a beneplacito del concedente: *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur* (1).

Questo precario partecipa della donazione e del comodato, presentando i caratteri di una liberalità; ma differisce essenzialmente dall'uno e dall'altra, potendo essere rivocato a piacimento del concedente. — E non è neppure un contratto propriamente detto, non potendosi riferire a veruna delle specie conosciute. Quindi, ai tempi di Ulpiano, s'introdusse l'azione *ex præscriptis verbis* (2) a favore di chi accordò il precario, come quello che non produceva azione civile (3); e il pretore dovette poi a sua volta soccorrere a chi avesse praticato questa maniera di liberalità, coll'interdetto *de precario* (4).

La definizione del precario, data dalla legge romana, si restringe ad una specie di prestito gratuito; ma nel moderno diritto la parola *precario, possesso precario,* ha una più grande estensione e significato. Chiamansi in effetto possessori precarii tutti coloro che godono di una concessione, eziandio irrevocabile, la quale non spoglia in modo assoluto il proprietario, e lascia nelle

(1) *Leg.* 1, *Dig., De precario.*
(2) *Leg.* 2, § 1; *Leg.* 19, § 2, *Dig., De precario.*
(3) *Leg.* 14, *Dig., De precario.*
(4) *Leg.* 2, *Dig., De precario.*

Digitized by Google

costui mani un diritto superiore, che il concessionario deve rispettare. — Così avviene nei rapporti del proprietario col conduttore, coll'usufruttuario, coll'enfiteuta e simili.

E, oltre poi ai casi di *espressa* concessione, può esistere un precario *tacito*, nella stessa guisa che esiste una tacita concessione, una tacita tradizione o altra simile facoltà accordata senza il ministero della parola; e il giureconsulto Paolo già osservava: *Precario possidere videtur non tantum qui per epistolam, vel quacumque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possedit* (1). — E tali sono gli atti facoltativi e di semplice tolleranza.

Un esempio di questo tacito precario s'incontra spesso tra vicini d'abitazione. Si vede in effetto molte volte tollerarsi che si eserciti un passaggio attraverso un cortile, o che si attinga acqua ad un pozzo, senza che quegli, che gode di questa tolleranza, pretenda di esercitare un diritto di servitù. Questo diritto, invero, potrebbe smentirsi ad ogni istante, essendo in facoltà del proprietario di cingere di muro e chiudere a sua volontà il fondo, ed anche semplicemente di opporsi alla continuazione del passaggio e dell'uso del pozzo.

57. Nella moderna legislazione è sempre considerato precario ed abusivo l'esercizio di un passaggio attraverso gli altrui beni, quando il nostro fondo ha un'uscita sulla via pubblica o su via vicinale, che metta alla pubblica strada, e nessun efficace possesso può invocarsi. — Anche sotto l'antica patria giurisprudenza si consideravano abusivi i così detti *scorciatoj*, come si vedrà a suo luogo. Una sentenza del Senato Piemontese, 12 giugno 1680, ref. Balegno (2), diniegò assolutamente la manutenzione nel quasi possesso, in cui uno pretendeva di essere, di cuocere il pane nel forno e di attinger acqua al pozzo d'un altro, constando aver il medesimo per l'addietro ciò fatto *potius jure facultatis vel precario, quam jure proprio, seu servitutis.*

Ivi si legge pure, che, *actus facultativi, et dependentes ab alicuius libera voluntate, potius destruunt, quam probent quasi possessionem, quia de uno actu ad alium in his, quæ sunt*

(1) *Recept. sentent.*, tit. 4, *De interdict.*, § 11.
(2) *Pratica legale*, part. 2, tom. 3, pag. 279 e 280, ant. ediz.

Digitized by Google

nudæ facultatis, argui non potest, et ob id, quod ex gratia et liberalitate per modum facultatis est alicui concessum, etiam per multos annos potest hodie negari.

§ II.

58. Questa specie di precario tacito può essere tale in origine, come appunto è quello di cui parla il giureconsulto Paolo, oppure divenirlo per derivazione; e questo si verificherebbe nel caso che essendo stato accordato un precario espresso a tempo limitato, dopo spirato questo tempo venisse a tollerarsi dal concedente la continuazione dell'esercizio della facoltà accordata col precario limitato. E di questa specie di precario tacito derivativo ce ne presenta un esempio il testo stesso del diritto romano: *Item qui precario ad tempus rogavit, finito tempore etiamsi ad hoc temporis non rogavit, tamen precario possidere videtur; intelligitur enim dominus, cum patitur eum, qui precario rogaverit, possidere, rursus precario concedere* (1).

Il nostro patrio Codice non definisce la parola *precario*. Troviamo però nell'art. 2115 un esempio di possessori precarii.

« Quelli che possedono in nome altrui e i loro successori non possono prescrivere a loro favore per qualunque decorso di tempo. E sono possessori in nome altrui il conduttore, il depositario, l'usufruttuario, e generalmente coloro che ritengono *precariamente* la cosa altrui. »

Il Codice Civile ha con questo articolo determinato i caratteri, che costituiscono il precario senza definirlo.

Così il conduttore, il depositario, il creditore pignoratizio, il marito, il tutore ed ogni agente che amministri gli altrui beni, sia in virtù di mandato sia solo a titolo di officiosità, è detentore precario.

Nessuno di costoro può prescrivere i diritti delle persone che rappresenta, o dalle quali riconosce il possesso, salvo venga a mutarsi il titolo del possesso o per causa proveniente da un

(1) *Leg.* 4, § 4, ff. *De precario.*

Digitized by Google

terzo, o in forza delle opposizioni da uno di essi fatte contro il diritto del proprietario, giusta l'art. 2116. Potrebbero però prescrivere quelli, ai quali detti possessori a titolo precario avessero ceduto la cosa a titolo di proprietà; art. 2117.

E non è pertanto necessario che vi sia una convenzione, onde il possesso sia riputato a titolo precario, come nel caso di locazione, di deposito, e simili; ma può risultare da circostanze di fatto, indipendentemente da ogni contratto. E invero, se la prima parte dell'art. 2115 riferito può sembrarci restrittiva, la seconda, per la generalità dei termini con cui è concepita, viene ad autorizzare una simile interpretazione.

Così gli atti, qualunque essi siano, dovuti a semplice tolleranza non possono servire di fondamento nè per il possesso, nè per la prescrizione, come si è già avanti accennato (1); questi atti sono a titolo precario. Essi suppongono un consenso che non è espresso, ma che è senza conseguenza, o, in altri termini, un atto di compiacenza, che non formerà mai un titolo per chi l'ottiene.

Secondo l'opinione di alcuni autori, la parola *precario* esprime in generale tutt'altro possesso che quello del proprietario (2), ed il sig. Aulanier dice che i possessi precarii sono tutti quelli ai quali la legge non attacca l'efficacia di prescrivere (3). Pare possa a vece chiamarsi precaria la possessione di coloro i quali non ritenendo una cosa che in virtù di un titolo o d'una qualità che li obbliga a restituirla, od i quali, non esercitando una servitù che per via di semplice tolleranza, ossia di assenso momentaneo per ispirito di famigliarità o di buona vicinanza, sono legalmente riputati non aver la volontà di possedere a titolo di diritto.

La legge poi non ha voluto, nè potuto precisare i differenti fatti, che costituiscono il possesso precario; ma designando i caratteri, che costituiscono il possesso legittimo, diede un sano criterio per applicare i principii ai vari casi, secondo la *juris ratio*. — È però sempre lasciata al giudice una grande latitudine

(1) *Cod. Civ.*, art. 688.
(2) MERLIN, *Rép.* V. *Précaise;* VAZEILLE, *Traité de la prescription*, n° 42.
(3) VAZEILLE, n° 68.

Digitized by Google

anche in questa parte; ed esso può nella pratica non esigere, secondo le circostanze, atti di possesso così positivi, e così caratterizzati per la manutenzione, come il tribunale chiamato a pronunziare sulla proprietà.

59. Le seguenti decisioni della Corte di Cassazione francese possono suppeditare anche alcuni criteri per l'apprezzamento del precario.

« Una sentenza delli 10 piovoso, anno V, aveva mantenuto la signora Dandiron, rappresentata dai signori Guieux e Chaix, nel posseso esclusivo di un vicolo, colla proibizione al signor Plan de Syeyes di turbarla nel medesimo. Questi però ha continuato a servirsi del vicolo: e nel mese di gennaio dell'anno 1807 intentò l'azione per essere mantenuto nel suo possesso oltre annale; e la sua domandà venne accolta dal giudice di pace. Sull'appello, il tribunale di Digne riformò questa sentenza, atteso che quella delli 10 piovoso, anno V, imprimeva al possesso di Plan de Syeyes il carattere di semplice tolleranza. E sul ricorso in cassazione, venne la domanda rigettata, per il motivo che il godimento di Plan de Syeyes, dopo l'intimazione della sentenza, non ha potuto essere che *precario,* e che questo godimento, non avendo il carattere richiesto dalla legge, non ha potuto acquistargli alcun diritto, e meno ancora annullare questa sentenza. »

Uguale principio venne sanzionato dalla stessa Corte di Cassazione francese con sentenza delli 17 marzo 1819, con cui si decise che dietro la sentenza in giudizio possessorio, che difese al sig. Prevôt di usare del diritto di presa d'acqua, che pretendeva avere sovra un fondo appartenente al sig. Magistry, il suo possesso posteriore non aveva potuto essere che *precario* (1).

Queste due decisioni, come si vede, attribuiscono al possesso, che sussegue la condanna in possessorio, un vizio di precarietà, come quello che presenta i caratteri di un atto di semplice tolleranza. E questo possesso quindi non può, per qualunque tempo esso duri, conferire alcun diritto, alcun titolo a chi lo invoca, a meno vi sia stata immutazione di titolo.

Sarebbe però diversa la cosa quando fosse un acquisitore,

(1) DALLOZ, tom. 1, pag. 283; GARNIER, *Des act. poss.*, pag. 49.

Digitized by Google

che invocasse un possesso suo proprio, e posteriore al suo acquisto. (1).

E ritornando ai principii consacrati dalle decisioni della Corte di Cassazione francese, ecco due altre specie, che importa di conoscere per la dottrina che svolgono.

1ª *Specie.* « Esiste nella villa di Salies una sorgente d'acqua salata appartenente alla comunità degli abitanti. A termini di regolamenti antichi, sanzionati dalle autorità competenti, gli abitanti di Salies si sono uniti ed hanno stabilito:

1° Che alcun abitante non avrà diritto alla spartizione delle acque, che pel tempo in cui risiederebbe nel recinto della villa colla sua famiglia; 2° che nel caso, in cui un abitante cessasse di risiedere nella villa, gli amministratori della sorgente cancellerebbero il suo nome dalla lista degli utenti, che sono incaricati di formare, salvo il suo ristabilimento nel caso di ritorno.

« Nell'anno 1817 gli amministratori cassarono dalla lista la signora Lataste, maritata al signor Saubade, domiciliata nel comune di Berens, sul fondamento che essa più non dimorava nella villa di Salies.

« Si promosse l'azione possessoria per parte dei coniugi Saubade per farsi mantenere nel possesso annale di prendere parte alle acque salate. Dichiarato non ricevibile l'istanza dal giudice di pace, essi furono più fortunati in appello. La sentenza che accolse la loro azione si fondò su ciò, che la verificazione del fatto di esclusione, dedotto dal difetto di residenza richiesta dai regolamenti, apparteneva al merito del diritto cioè all'azione petitoria, che l'amministrazione potrebbe formare; e che intanto il godimento non interrotto del passato faceva supporre, che la signora Saubade si conformasse a tutto ciò che era dai regolamenti prescritto.

« Sul ricorso in cassazione, questa sentenza venne annullata li 7 giugno 1820, per la ragione che il possesso allegato essendo contrario ai regolamenti, non poteva essere che di tolleranza, abusivo e precario (2).

2ª *Specie.* « Il sig. Lebouteiller aveva una o più volte fatto

(1) Articoli del *Cod. Civ. ital.* 2116 e 2117.

(2) DALLOZ, tom. 1, pag. 292; SIREY, tom. 20, pag. 265; GARNIER, pag. 50.

Digitized by Google

falciare a suo profitto l'erba prodotta da un terreno ora asciutto ed ora allagato.

« Egli pretendeva che questo terreno appartenesse a lui, come faciente parte di un prato, del quale egli era proprietario, sui margini di uno stagno appartenente al sig. Debailly.

« Dal suo canto il proprietario dello stagno credette, a termini dell'art. 558 del Codice francese (corrispondente all'art. 455 del nostro Codice Civile), di essere essenzialmente proprietario di tutto il terreno coperto dalle acque del suo stagno, quando esse sono all'altezza dello sbocco; e fece in conseguenza falciare negli ultimi tempi la porzione del prato in contesa.

« Il sig. Lebouteiller promosse l'azione per la manutenzione, fondandosi sul possesso annale. Il proprietario dello stagno sostenne non essere quest'azione ammessibile, per non potere il possesso produrre la prescrizione, vegliando e reclamando per lui la legge (1).

« Importa osservare che il sig. Debailly riteneva in fatto (e non era contestato), che egli non aveva fatto falciare che l'erba del terreno coperto dalle acque del suo stagno, quando esse sogliono essere all'altezza dello sbocco.

« Li 2 agosto 1808 il giudice di pace del cantone del Loizon con sua sentenza ha dichiarato non ammessibile l'azione del sig. Lebouteiller; e questa sentenza fu confermata con altra del tribunale di Laval delli 20 febbraio 1809.

« Lebouteiller ricorse in cassazione, appoggiandosi a due motivi: 1° per contravvenzione all'art. 25 del Codice di Procedura Civile (2); 2° per falsa applicazione dell'art. 558 del Codice Civile.

« Il primo motivo, diceva egli, è fondato su ciò che il giudice di pace aveva cumulato il possessorio col petitorio; poichè tanto la difesa del sig. Debailly, che la sentenza del giudice di pace riposavano essenzialmente sul fondamento, che il sig. Debailly fosse *proprietario* del terreno, sul quale era stata commessa la molestia al suo possesso anteriore. Giudicare il possessorio

(1) Detto art. 558 del *Cod. franc.*

(2) Con questo articolo si stabilisce che *le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés.*

Digitized by Google

per un motivo ricavato dal diritto di proprietà è lo stesso che cumulare il possessorio col petitorio.

« Il secondo motivo, desunto dalla falsa applicazione dello art. 558 del Codice Civile, riposava su ciò che il giudice di pace aveva male a proposito giudicato, che il proprietario dello stagno era proprietario del terreno, sul quale vi ebbe la turbazione al possesso; poichè niente provava che questo terreno fosse coperto dalle acque, quando esse sono all'altezza dello sbocco dello stagno.

« Ma il proprietario dello stagno confutava queste ragioni coi seguenti riflessi:

« Dove mai il sig. Lebouteiller può trovare questo preteso cumulo di possessorio e di petitorio?

« Egli è evidente che il preteso cumulo non esiste.

« Il sig. Lebouteiller ha senza dubbio esercitato un'azione, ch'egli qualificò come azione possessoria; ma qual è stata la difesa del proprietario dello stagno?

« Il sig. Debailly ha sostenuto che la di lui querela era tale, che non importava azione possessoria; e che non poteva essere quistione fra di essi che di proprietà. »

E in effetto, secondo l'art. 558, che dice: « Non ha luogo l'alluvione riguardo ai laghi ed agli stagni, il proprietario dei quali conserva sempre il terreno che l'acqua copre, quando essa è all'altezza dello sbocco dello stagno, ancorchè il volume dell'acqua venisse a scemare; e parimente, il proprietario dello stagno non acquista alcun diritto sopra le terre lungo le rive, che la sua acqua va a ricoprire nei casi di straordinarie escrescenze, » egli è evidente che l'opposizione del sig. Debailly era perfettamente giusta. Cosa ha voluto la legge? Essa ha voluto una cosa ragionevolissima; ha voluto che il proprietario d'uno stagno non potesse, per alcun movimento accidentale delle acque che lo formano, nè perdere il terreno che a lui appartiene, nè guadagnare quello che ad altri spetta.

« Così nelle escrescenze straordinarie dell'acqua di uno stagno il terreno, che accidentalmente sarà stato coperto da quest'acqua, non apparterrà al proprietario dello stagno, perchè la legge non ha riputato convenevole che approfittasse così dell'accidente.

« Ma dall'altro canto essa non ha creduto giusto che, se in

Digitized by Google

circostanze particolari il volume dell'acqua dello stagno venisse a diminuire, il proprietario fosse esposto a perdere il terreno, che l'acqua dello stagno copriva ordinariamente, quando essa era all'altezza dello sbocco; ed in conseguenza ha posto per principio che questo proprietario conservasse sempre il terreno.

« Dietro questo principio, egli è dunque manifesto che a pregiudizio del proprietario di uno stagno non può giammai aversi il possesso di un terreno, che la legge stessa dichiara volergli conservare.

« Per la sola ragione quindi, che è la legge che s'incarica di proteggere questo terreno, egli è impossibile che essa permetta che gli venga levato.

« È la legge che forma un titolo: è la legge che lo difende: è dessa che, volendo ch'egli sempre lo conservi, non permette alcuna usurpazione; ed usurpandosi concede l'azione per esserne ristabilito.

« Non può esservi giammai a questo riguardo alcun possesso che si possa invocare nei tribunali. Perchè, o il terreno per il quale s'invoca è quello che è coperto dall'acqua quand'essa è all'altezza dello sbocco dello stagno, e che è scoperto quando essa diminuisce; o questo è un terreno confinante, al di là di questo limite, ed esposto solamente ad essere coperto da una straordinaria escrescenza.

« Nel primo caso non può esservi questione di possesso a pregiudizio del proprietario dello stagno, poichè la legge vuole che, malgrado la diminuzione del volume dell'acqua, egli conservi sempre il suo terreno. »

Nel secondo caso non può esservi questione in suo favore; perchè allora il proprietario dello stagno non avendo alcun diritto sul terreno coperto dalle escrescenze straordinarie, e questo terreno appartenendo al proprietario confinante collo stagno, tocca a questi d'invocare la sua proprietà, e non solamente il possesso; giacchè non havvi possesso a suo pregiudicio.

« Da ciò ne risulta adunque che nelle contestazioni di questa natura la sola cosa che vi è a conoscere sono i limiti della proprietà; e che la fissazione di questi limiti è altresì la sola cosa che il giudice può ordinare.

Digitized by Google

« Ordinare la fissazione di questi limiti, come lo ha fatto il tribunale di Laval, non è dunque cumulare quivi il petitorio ed il possessorio, siccome pretende il sig. Lebouteiller. La questione vuolsi prendere al contrario, cioè sotto il punto di vista che essa possa presentare, e nello stesso tempo scegliere il mezzo il più proprio a deciderla.

« Quale sarà in fatto la conseguenza naturale di questa fissazione di limiti?

« Con essa si viene a riconoscere se il possesso, di cui si tratta nella contestazione, appartenga o non al sig. Debailly.

« Se appartiene ad esso, sarà stato impossibile al sig. Lebouteiller d'acquistarne anche il possesso annale, poichè la legge vuole che il sig. Debailly conservi il possesso, e che lo conservi sempre.

« Se al contrario appartiene al sig. Lebouteiller, allora il medesimo lo riprenderà, non solamente a titolo di semplice possesso, poichè non si può avere il puro possesso della cosa sua propria, ma bensì a titolo di proprietà, poichè la legge ad esso l'accorda.

« La questione adunque, come si vede, non può essere che di proprietà; non può entrarvi possesso alcuno in questa materia.

« E quanto al secondo motivo, il sig. Debailly faceva osservare che non vi è stata mai contestazione sul punto di fatto, cioè di sapere se il terreno preteso *posseduto* è coperto dalle acque, quand'esse sono all'altezza dello sbocco dello stagno; donde egli conchiuse che non era l'articolo 558 del Codice Civile stato male applicato. »

DECISIONE.

« La Corte, atteso che, sul motivo dedotto dalla violazione dell'art. 25 del Codice di Procedura Civile, il giudice di pace ha pronunciato sopra l'addimandata querela, rimettendo le parti al petitorio; atteso che, sul motivo preso dalla falsa applicazione dell'art. 558 del Codice Civile, il giudizio denunciato stabilisce in punto di fatto, che Debailly ha sempre riconosciuto di non

Digitized by Google

aver egli giammai oltrepassata la linea segnata dalle acque, allora quando esse sono all'altezza dello sbocco del suo stagno; e che Lebouteiller nulla ha opposto in contrario; e che in questo stato il giudice decidendo che il possesso allegato non poteva essere che *precario*, perchè la legge lo aveva sempre conservato per il proprietario dello stagno, ha fatto una giusta applicazione dell'art. 558 citato; rigetta, ecc. *Sent. 23 aprile 1811* (1). »

Da questo fatto nascono le seguenti tesi di diritto:

L'azione di manutenzione non può risultare da un fatto di possesso essenzialmente riprovato dalla legge; poichè in tal caso il possesso è precario.

E particolarmente: non può essere acquistato alcun utile possesso a pregiudizio del proprietario di uno stagno sul terreno coperto dalle acque, quando esse sono all'altezza dello sbocco dello stagno; poichè la legge conserva questo terreno al proprietario, non ostante qualunque diminuzione d'acqua.

Vuolsi finalmente osservare che in tutte queste specie di contestazioni l'attore non possedeva per altri; egli non era nè depositario, nè conduttore; ma pretendeva aver posseduto per sè ed a titolo di padronanza; e tuttavia la sua domanda fu rigettata per la ragione, che il suo possesso era stato precario.

L'avanzamento dei rami degli alberi sul fondo del vicino è pure considerato come un fatto precario. Ed il possessore del fondo, di cui essi turbano il godimento, può chiamare il proprietario, a cui appartengono gli alberi, per farlo condannare a tagliare quei rami a termini della legge, quand'anche esistessero sopra il suo fondo da più di un anno; così pronunciava la Corte di Cassazione con sentenza delli 9 dicembre 1817 (2).

§ III.

60. Il precario adunque è un ostacolo insuperabile all'esperimento dell'azione di manutenzione; e tutti i possessori precarii,

(1) Sirey, tom. 11, part. I, pag. 312 a 314. *V.* n. 133 in fin.
(2) Sirey, tom. 13, pag. 193.

Digitized by Google

finchè esiste la qualità, sotto la quale hanno occupato la cosa, non possono acquistare il diritto d'intentare tale azione contro quelli per cui possedono, o che rappresentano.

Ed essendosi incominciato a possedere in nome altrui, si presume sempre che si posseda collo stesso titolo, quando non siavi prova in contrario (1).

Per distruggere questa presunzione sarebbe necessaria una mutazione di titolo: essa solo può far credere che, dopo aver posseduto per altri, si abbia posseduto per noi stessi.

Nessuno può prescrivere, dice la nostra legge (2), contro il proprio titolo, in questo senso che nessuno può cangiare a se medesimo la causa ed il principio del suo possesso (3).

Così il depositario, il tutore saranno sempre considerati, riguardo ai beni loro affidati in tale loro qualità, quai possessori precarii; giacchè il possessore precario conserva colla sua detenzione il diritto di quello, da cui riconosce il dominio; ed hanno l'uno e l'altro qualità correlative, che si mantengono reciprocamente.

Lo stesso è dell'erede universale di una persona, che possedeva a titolo precario, perchè egli rappresenta la persona stessa del suo autore; ed il suo titolo non opera un cangiamento nel possesso, che si è in esso trasfuso.

Quindi l'art. 2115 del Codice Civile espressamente dichiara che non possono prescrivere i successori a titolo universale di coloro, che possedono in nome altrui (4).

Neppure se la causa del possesso avesse cessata potrebbe cangiare questo principio di legge. Per esempio, quando il diritto

(1) *Cod. Civ.*, art. 687.

(2) *Cod. Civ.*, art. 2118.

(3) Nella *Leg.* 19, § 1, ff. *De adq. possess.*, si legge: *Quod scriptum est apud veteres*, neminem sibi causam possessionis posse mutare, *credibile est, de eo cogitatum, qui et corpore, et animo possessioni incumbens, hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret; non si quis dimissa possessione prima, eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit.* V. *Leg.* 3, § 19, eod. tit.

(4) Il vizio di precarietà passa nell'erede, il quale continua il fatto materiale del possesso del defunto, quand'anche ignori il vizio del possesso stesso.

Se a vece si tratta di successore particolare, può incominciare un nuovo possesso a suo favore, siccome non sottoposto alle obbligazioni personali del proprio autore.

Digitized by Google

di un usufrutto è estinto per la morte dell'usufruttuario, l'erede di questi non può, mantenendosi nel possesso, acquistare la proprietà, e neanco il diritto di farvisi mantenere contro il proprietario.

La legge 11, *ff. de divers. temporal. præscript.*, analoga agli esposti principii di diritto patrio, decide in generale che l'erede succede a tutti i diritti del defunto; che non purga colla sua ignoranza i vizi, che hanno reso inefficace alla prescrizione il possesso del medesimo nel suo principio: *Ignoratione sua defuncti vitia non excludit;* e che non può prescrivere ciò che era imprescrittibile: *Usucapere non poterit, quod defunctus non potuit.*

61. Alla regola, che i detentori precarii non prescrivono, vi ha un'eccezione già avanti adombrata. L'art. 2116 stabilisce in fatti che essi possono prescrivere, se il titolo del loro possesso si trova immutato, o per una causa proveniente da un terzo, o in forza delle opposizioni dai medesimi fatte al diritto del proprietario.

Questo articolo contiene, come si vede, due maniere differenti di mutazione di possesso.

La prima ha luogo quando il possesso è mutato per il fatto di un terzo. Ho preso, per esempio, in affitto un fondo da Paolo: sino a che le cose rimangono in questo stato, io non posso prescrivere, fossi anche stato sessant'anni senza pagarne il fitto. Ma Giacomo si presenta come proprietario di questo stesso fondo, non importa a qual titolo, e a me lo vende. Dal giorno di questa vendita io posso prescrivere.

L'acquisto, che un detentore precario fa da un terzo, è senza dubbio fondato su ciò, che egli ha potuto credere essere stato originariamente nell'errore a riconoscere il locatore come proprietario, e che i diritti di quegli, che a lui fece la vendita, gli sono in seguito sembrati meglio stabiliti; e quindi sembra necessaria all'epoca del contratto la buona fede. E invero, se l'atto fosse l'opera della frode, niun riguardo meriterebbe agli occhi della legge, nè potrebbe aver l'effetto di mutare la causa del possesso.

Questa mutazione di titolo viene da alcuni chiamata ingiusta;

Digitized by Google

poichè il conduttore non può riconoscere altro proprietario che il suo locatore, secondo il canone: *Nemo quæstionem dominii referre potest a quo jus habet.* Ma si risponde loro colla Glossa sulla legge 5 *De acquir. vel retin. possess.*, secondo la quale non è il conduttore che cangiò la causa del suo possesso: *Non sibi mutare, sed ipsi mutari dicitur causa possessionis.*

62. Ma se il titolo che viene da un terzo fosse nullo per difetto di forma, v'interverrebbe ancora questa mutazione? ed il giudice potrebbe egli riconoscere questa nullità, e servirsene per rigettare l'azione di manutenzione? Un titolo nullo per difetto di forma è come non esistesse; in conseguenza non vi sarebbe mutazione di causa; ed il detentore precario resterebbe col suo primo titolo. Sembra quindi non dubbio che il giudice può conoscere di questa nullità; poichè senza di questo titolo il possesso dell'attore sarebbe precario. Egli lo produce per distrurre il vizio originario del suo possesso; epperciò fa d'uopo che il giudice possa apprezzarlo senza pregiudizio della azione petitoria.

Se egli fosse altrimenti, dice Garnier, si potrebbe tutti i giorni, per eludere la legge, ideare un contratto che non obbligherebbe a nulla, poichè si ometterebbe una formalità essenziale, e per tal modo si verrebbe a conseguire la provvisoria manutenzione in possesso, e col tempo anche la proprietà, potendo darsi che al vero proprietario manchi in petitorio una sufficiente prova dei suoi diritti.

Il secondo modo di mutazione poi ha luogo per la contraddizione opposta ai diritti del proprietario. Per operare adunque questa mutazione di titolo, bisogna che vi sia stata una contraddizione formale. Un conduttore, per esempio, il quale sia anche stato trent'anni e più senza pagare il fitto, non ha punto mutato il suo titolo. Solamente l'azione pel pagamento è prescritta per tutti gli anni anteriori ai cinque ultimi (art. 2144). Ma se chiamato in giudizio pel pagamento del fitto, oppose alla domanda dell'attore la sua qualità di proprietario, allora mutò la causa del suo titolo; e può da quel tempo prescrivere, quando il il proprietario desista da ogni ulteriore instanza. Ed in tal caso non può dirsi che si sia mutato da sè solo il titolo del possesso;

Digitized by Google

ma v' intervenne il tacito consenso del locatore, che, cessando dalle sue instanze, si presume aver riconosciuto il diritto del suo conduttore alla proprietà: *Qui non prohibet, cum prohibere possit, consentire videtur.*

Ed in questo caso di mutazione il possessore precario comincia a prescrivere non solo contro il suo padrone; perchè questi la conosce, e, tollerandola, la sancisce; ma anche contro i terzi, a cui la sua volontà di cangiare non è stata dichiarata; poichè la manifestazione fatta a quello, da cui aveva il godimento precario, ha resa certa la qualità del suo possesso, e ad una detenzione puramente naturale ha dato i caratteri di un vero possesso legale.

Nessuno adunque può mutarsi la causa del suo possesso colla pura sua volontà; ma solo con un atto esteriore, con qualche causa estrinseca: *Solo quidem animo possessio retinetur, sed solo animo nemo sibi mutare potest caussam suæ possessionis, nimirum dum quis corpore et animo possessioni incumbit, statuere secum nequit, ut alio titulo possideat: quare neque colonus, neque depositarius, neque commodatarius lucri faciendi caussa pro herede usucapere possunt; sed mutare quis sibi potest possessionem suam interveniente extrinseca quadam caussa; potest enim quis dimittere priorem rei possessionem, eamque ex alio titulo incipere possidere* (1).

Secondo poi l'art. 2117 del Codice Civile, quelli ai quali i conduttori, depositari ed altri possessori a titolo precario hanno trasferita la cosa con un titolo traslativo della proprietà, possono prescrivere la stessa cosa.

Succedendo costoro a titolo particolare, il vizio del loro autore non si trasferisce in essi, come quelli che non ne rappresentano la persona; epperciò restano autorizzati nel caso di molestia ad intentare l'azione di manutenzione, quando, cioè, abbiano un possesso oltreannale dal giorno dell'acquisto.

(1) RICHERI, *Cod.*, lib. II, tit. 9, def. 38. Vedi la *Leg.* 19, § 1, ff. *De adq. poss.*

Digitized by Google

§ IV.

63. Ma se i possessori precarii non possono, in tesi generale, prescrivere, non avendo il vero possesso della cosa, non ne viene che deva a tutti diniegarsi l'esercizio dell'azione possessoria, ove molestati nel loro godimento. La disposizione dello articolo 686, secondo cui il carattere sostanziale del possesso consiste nel *tenere la cosa come propria*, non contraddice a detto principio. E invero, vi sono possessori qualificati precarii dall'articolo 2115 rispetto alla proprietà, ma che tali non sono a riguardo dei diritti che esercitano. Questo articolo ragguaglia, per esempio, l'usufruttuario al conduttore; ma è ben diversa la loro condizione giuridica. Il conduttore non tiene la cosa e non esercita un diritto che a nome d'altri, sotto determinate condizioni; e l'usufruttuario a vece usa della cosa come investito del dominio utile. La precarietà del suo possesso si riferisce soltanto alla nuda proprietà, non al diritto reale, di cui gode sulla cosa; e quindi ha tutta la ragione di difendere un possesso che è *pars dominii*, come più estesamente verrà infra dimostrato (1).

64. E come all'usufruttuario, così pure a coloro, che godono dei diritti di uso e di abitazione, concedesi siffatta azione, in quanto che godono *pro suo* ed *animo domini*. Essi non sono possessori precarii che in un solo senso, rispetto al proprietario, e sono a vece veri proprietari della parte di utile dominio, che loro compete in forza dei detti loro diritti.

Nè vi si oppone la regola, secondo cui non può darsi la materiale coesistenza di più possessori, l'uno escludendo fisicamente l'altro. E difatti, senza discordare dalla *juris ratione*, ed anzi stando ai principii del Codice, non puossi rifiutare la compatibilità di più possessi, se essi sono distinti per importanza, per grado e pei loro risultamenti.

Il proprietario ha il possesso della nuda proprietà del fondo, soggetto all'usufrutto, uso od abitazione; e coloro, ai quali com-

(1) *V.* anche li numeri 100, 101 e 102.

Digitized by Google

pete la ragione a tale più o meno largo godimento, hanno il possesso di questa parte di dominio, giusta anche il responso di Paolo (1).

Vi sono conseguentemente due specie di possesso, ma non opposte, nè tali da combattersi ed escludersi. Non sono possessi identici, ma distinti in modo che, ben lungi dal trovarsi in opposizione, concorrono ad un fine identico, che è quello di difendere la cosa di fronte a chi rechi turbamento al loro rispettivo diritto.

Possono in sostanza operare in una sfera indipendente, l'uno esercitando le azioni di possesso, che hanno più diretto rapporto alla proprietà, e gli altri facendo valere colle ragioni del proprietario le loro proprie con respingere le molestie, che offendono il loro utile dominio. Sono possessi differenti per gradi e per ragioni di esistenza che, a vece di confondersi, possono giovarsi a vicenda (2).

A questi principii la Corte di Cassazione di Milano informò due sentenze; colla prima delle quali considerò, essere noto in diritto che il possesso compete ad un tempo tanto al proprietario, quanto all'usufruttuario del fondo, e potersi perciò gl'interdetti possessorii esercitare dall'uno e dall'altro, come quelli che sono di natura diversa e tali da avere una simultanea esistenza.

Colla seconda ritenne costante in diritto che, sebbene non possa darsi possesso simultaneo e solidale della stessa cosa in persone diverse, non rimane questo principio contraddetto, quando sia questione di possesso del dominio utile e di possesso del dominio diretto, trattandosi di due possessi distinti ed esercitati in modo diverso (3).

A sostegno di questa tesi si potrebbe anche invocare l'art. 415 del Codice Civile, che considera immobili per l'oggetto, a cui si riferiscono, il diritto d'usufrutto e d'uso sulle cose immobili e quello di abitazione (4).

(1) *Leg.* 4, *Dig.*, *De usufr.*

(2) *V.* numeri 100, 101 e 102.

(3) *Sent. 29 luglio 1865.* — *Giur. ital.*, vol. XVII, 1, 610, e *Sent. 5 luglio 1861. Giur. ital.*, vol. XIII, 1, 687.

V. pure *Leg.* 3, §§ 17 e 18; *Dig.*, *De vi et vi arm.*; *Leg.* 12 e *Leg.* 49; *Dig.*, *De acquir. vel amitt. possess.*

(4) *V.* anche l'art. 1967 del *Cod. Civ.*

Digitized by Google

Rispetto all'enfiteuta a maggior ragione sono applicabili siffatti principii, stante la natura dell'enfiteusi, qual è determinata dallo art. 1556. — E questo è il motivo, per cui detto art. 2115 non annoverò gli enfiteuti fra i possessori precarii, considerandoli proprietari anzichè altro, durante la concessione.

65. Essendovi diversità di opinioni in vari autori sul punto, se compete l'azione possessoria al conduttore e a simili detentori, rispetto ai quali l'idea della proprietà e del possesso già si osservò, essere inconciliabile col concetto da essi rappresentato, giova riportare quanto in contrario alla tesi avanti propugnata si adduce, e quindi aggiungere qualche considerazione a quelle già esposte..

Borsari, all'appoggio anche di Poncet (1), non diniega che una differenza esiste tra questi possessori precarii e gli altri avanti designati, e che da tale differenza ne derivano importanti effetti giuridici; ma osserva che nelle questióni possessorie non devesi immutare l'ordine dell'idea legislativa. « Il possesso, egli dice, si ha per se stesso o si ha per mezzo d'altri. (art. 685). È il possesso nel più alto grado della sua perfezione. I *proprietari* nel senso assoluto e primario sono quelli; e l'art. 2115, gettando tutta la sua luce su questo concetto generale, mette in seconda linea e fra i precariamente possidenti, usufruttuari, conduttori e tutta l'altra serie. A questo punto non è lecito a noi portare distinzioni senza disordinare il concetto fondamentale. » Ciò premesso, deduce la incongrua e funesta conseguenza che deriverebbe da una distinzione fondamentale, portata ove non deve stare, in quanto che i conduttori, i creditori anticretici e simili verrebbero a mancare dell'azione possessoria, come al tempo degl'interdetti romani. Essi, insultati da un terzo che li molestasse nel loro godimento, non potrebbero difendersi senza invocare la protezione del proprietario, che potrebbe anche diniegarla. In sostanza costoro, egli aggiunge, non domandano già in forza dell'azione possessoria il rilascio del pieno possesso, che loro non apparterrebbe; ma molestati nel loro godimento di fatto esercitano un'azione contro colui che li turba o spoglia,

(1) Borsari, *Comm.*, art. 686.
Poncet, *Traitè des act. possess.*, n. 76 e seg.

Digitized by Google

per riaverlo tale quale essi l'avevano, e per essere risarciti del sofferto danno materiale.

Certamente l'usufruttuario e l'usuario difendono un possesso più cospicuo, più pieno, quantunque non completo in ordine alla proprietà; ma anche gli altri accennati possessori precarii hanno diritti relativi agl'immobili da far tutelare.

Ed, a sostegno di quest'opinione, esso (1) arreca inoltre il seguente esempio:

Abbiamo un sequestratario giudiziario, a termini dell'art. 921 del Codice di Procedura Civile. Sarebbe stolto il dire che questo sequestratario possa prescrivere a proprio profitto; ma sarebbbe anche strano se si dicesse che, turbato nel possesso, sia impotente a difendersi in questa istessa qualità di sequestratario giudiziario, perchè non possiede *animo domini*. E chi altri potrebbe tutelare questo possesso, che per ragioni di giustizia venne tolto ai litiganti ed a lui affidato? — E lo stesso, ed anzi a ragione più forte devesi dire del curatore d'una eredità giacente, che non possiede *animo domini*, ma appare il solo possessore dei beni, che la compongono.

66. Le considerazioni avanti espresse dall'erudito autore possono stare a riguardo del sequestratario giudiziario, del curatore di una eredità giacente e di altri simili amministratori, in quanto sono i legittimi mandatari, i legali rappresentanti dei proprietari. — Ma ben diversa è la giuridica condizione di chi detiene la cosa a titolo di anticresi, di locazione, o per altra consimile causa. — Costoro non rappresentano il proprietario, il vero possessore; e non hanno per altra parte speciali diritti reali, *jura in re*, la cui natura sia operativa per virtù sua propria; ma diritti d'indole personale ristretta ai rapporti convenzionali tra essi ed il proprietario (2). Il *jus in re* è il dominio, o parte del dominio, qual è appunto l'usufrutto, che si considera per un vero smembramento della proprietà, che prima competeva intiera al proprietario, come se questi avesse venduto una parte materiale del fondo. — E ne nascono quindi conseguenze giuridiche competenti all'usufruttuario, non competenti a detti

(1) *Cit. loc.*, § 1437.
(2) *Cod. Civ.*, art. 1891, 1897; e art. 1575 e seg.

Digitized by Google

detentori, i quali non altrimenti godono della cosa che a nome del proprietario. Infatti, coll'affittamento (o con altro consimile contratto) non si opera uno smembramento del dominio, rimanendo esso e la sua rappresentanza civile per intiero nella persona del proprietario locatore, che rappresenta conseguentemente il pieno dominio e con esso il godimento dell'affittuario; perciò se compete all'usufruttuario pel suo usufrutto in proprio nome ogni azione petitoria e possessoria, così attivamente come passivamente, non così all'affittuario pel suo diritto di locazione; solo il proprietario locatore potendo essere in dette azioni il legittimo contradditore (1).

A fronte, in sostanza, della definizione del possesso data dallo art. 685, nessuno, il quale detenga la cosa od eserciti un diritto a nome di un altro, può avere un possesso proprio, risiedendo questo in colui, a nome del quale esso detiene la cosa od esercita un diritto. E l'art. 2115, considerato nella sua essenza ed in rapporto alle altre affini disposizioni del Codice, non detrae punto al concetto espresso dall'art. 685. L'usufruttuario, per continuare l'esempio, ha un possesso che può dirsi di duplice natura, un *vero possesso*, cioè, in tale sua qualità, ed un possesso *precario* come detentore della cosa altrui, nel senso che non può prescrivere la proprietà; mentre al conduttore nessun vero possesso può attribuirsi.

I principii del diritto romano, che diniegavano l'azione dello interdetto *Uti possidetis* all'affittuario, trovano pertanto ancora la loro applicazione; e a questi principii sono anzi informate le disposizioni degli articoli 1581, 1582 e 1587 del Codice Civile. E se per ragioni d'ordine pubblico può l'affittuario, malgrado la precarietà di sua detenzione, esercitare l'azione di reintegrazione nel caso di spoglio, questa specie di diritto deriva da una disposizione eccezionale, che non ha alcun fondamento nella legittimità del possesso.

(1) *V.* Pescatore, *Filosofia e dottrire giuridiche*, pag. 121.

Digitized by Google

CAPO SETTIMO

Possesso oltreannale. — Unione di possessi.

SEZIONE PRIMA

Possesso oltreannale.

---

§ I.

67. Per l'apprezzamento degli elementi di legittimità di un possesso non basta considerare, se siensi praticati atti proprii all'esercizio di un diritto; ma è d'uopo considerarne la durata, che sola può rendere praticamente apprezzabili le qualità apparenti del possesso. E a questo fine la legge richiede che il possesso duri da oltre un anno (1).

Si era dubitato, se essendo feriato l'ultimo giorno del termine dovesse quel giorno escludersi dal computo annale. Il dubbio nasceva dalle disposizioni dei Codici vigenti prima dell'attuale, secondo le quali « Ove l'ultimo giorno fosse feriato, la prescrizione non si compieva che col giorno immediatamente successivo non feriato (2). » E, considerandosi il possesso manutenibile come una specie di prescrizione, si inferiva, doversi pure escludere da detto computo il giorno feriato.

(1) *Relaz. Gov.* alla *Proc. Civ.*, in cui si osserva, essere il possesso annale una istituzione dei tempi moderni. Se gl'interdetti possessorii duravano ordinariamente un anno, secondo il diritto romano, come tutte le azioni pretoriane, ciò risguardava la durata dell'azione e non del possesso, trovando questo protezione, quand'anche solo esistesse nel momento dell'interdetto, purchè *nec vi, nec clam, nec precario.*

(2) *Cod. Civ. franc.*, art. 2261; *Cod. Civ. Alb.*, art. 2396.

Digitized by Google

Il Codice italiano fece scomparire ogni dubbio, avendo dichiarato in modo assoluto che la prescrizione si compie allo scadere dell'ultimo giorno del termine (art. 2134).

68. La legge si esprime con semplicità e precisione nel determinare ad oltre un anno il periodo del possesso; ma sul terreno pratico sorgono talvolta non lievi le difficoltà, quando si tratta di stabilirne il punto di partenza.

Deve anzitutto osservarsi che la prescrizione computandosi a giorni interi e non ad ore (art. 2133), il giorno *a quo* non può figurare nel computo, se non figura intero.

Le difficoltà poi di conoscere il giorno, nel quale ebbe principio il possesso, crescono nei casi in cui la qualità del possesso abbia subíto fasi e variazioni, come quando sia stato nei suoi primordii viziato e solo in seguito abbia assunto i caratteri della legittimità.

Occorre perciò talora di dovere indagare e determinare il momento, in cui il possesso cominciò a presentarsi coll'apparenza della legittimità e ad assumere il suo corso regolare, onde conoscere se durò in modo legale per l'intiero anno richiesto all'esercizio dell'azione di manutenzione.

La questione se l'anno del possesso, necessario a quest'azione, sia quello decorso anteriormente alla molestia, oppure soltanto all'esercizio dell'azione stessa, non può più essere oggetto di seria discussione. Gli autori francesi, elevandola, supposero che quegli, il quale al momento della molestia non aveva ancora l'intero possesso d'un anno, potesse aspettare qualche settimana o mese per compiere la durata del tempo e per esercitare conseguentemente in seguito l'azione possessoria. Tale opinione, combattuta da altri scrittori e ripudiata dalla giurisprudenza, ha la sua condanna nella lettera e spirito della legge.

È vero che non era espresso in modo chiaro, come nel Codice Civile italiano, dovere il possesso oltreannale essere compiuto anteriormente alla molestia; ma non era necessario, giacchè la legge esigendo un possesso pacifico, continuo e non interrotto durante un anno intiero, ha evidentemente dimostrato non poter il possesso, dopo la molestia, più unirsi a quello di prima, mancandovi una delle condizioni legali.

Digitized by Google

Il possesso adunque, che si richiede, è quello di oltre un anno anteriormente al fatto della molestia, ossia al primo giorno in cui questa incominciò e non all'ultimo atto, se formata di più atti consecutivi. È il primo atto in effetto, che toglie al possesso il carattere di pacifico e ne interrompe il corso.

69. Vi sono però casi, in cui un possesso minore di un anno può essere considerato come annale e autorizzare l'azione possessoria. E ciò avviene, quando una cosa si unisce, come accessoria, ad altra principale che sia posseduta da oltre un anno; per esempio nel caso d'incremento di un immobile in conseguenza di alluvione.

Altro caso è quello dei rivieraschi di fiumi o torrenti non navigabili, nè atti al trasporto, alla cui sponda si formi un'isola od unione di terra, potendo essi esercitare l'azione possessoria, ove turbati nel possesso dell'isola od unione di terra, quando anche il possesso di questa parte, aggiunta ai fondi da essi posseduti, non si estenda ad un anno.

Tutto ciò, che s'incorpora e si unisce alla cosa principale, ne forma un accessorio ed una dipendenza; e ne segue quindi la sorte, o, meglio dire, prende la sua essenza dalla cosa in cui s'immedesima.

Ben diverso dovrebbe però essere il giudizio nel caso, in cui l'isola si formasse con terreno staccato per forza istantanea dalla riva e trasportato dal fiume o torrente verso un fondo inferiore. E invero, il proprietario del fondo, dal quale fu staccato il terreno, ne conserva la proprietà; e non è quindi per via di accessione, ma soltanto colla presa di possesso, che il proprietario del fondo inferiore può acquistare la parte staccata dal fondo superiore (art. 459 Cod. Civ.). Perciò, solo dietro un possesso annale, potrebbe quegli agire per la manutenzione in possesso di detta isola o parte di terreno.

V'ha poi un caso, in cui il fatto di un possesso di un anno compiuto non sarebbe sufficiente a legittimare l'azione di manutenzione; ed è quando si trattasse di distrurre la presunzione di comunione di un fosso col getto da una sola parte del medesimo della terra o dello spurgo ammucchiatovi. Se questo fatto dura da un sol anno, non può certo annientare da sè solo la

Digitized by Google

presunzione della comunione del fosso stabilita dalla legge (articolo 566). — Epperciò manca di fondamento l'azione di manutenzione di un possesso, che risulti dal solo spurgo e ammucchiamento di terra da oltre un anno (1).

La legge non attribuisce una presunzione di proprietà esclusiva, salvo dopo tre anni di detto spurgo ed ammucchiamento; ed inoltre il fatto di un anno non è tale in questo caso da dare al possesso un carattere preciso e sicuro.

Un'opera passeggera e d'equivoca impronta, qual è lo spurgo di un fosso, può facilmente ignorarsi, oppure considerarsi fatta nell'interesse comune dei comproprietari. E conseguentemente solo atti ripetuti e la permanenza dello spurgo sovra una sola sponda per un considerevole tempo possono attribuire all'opera la qualità di un atto pubblico e positivo di padronanza esclusiva da una parte, e di adesione dall'altra; e così far cessare la presunzione legale della comunione del fosso. Se a vece dura da tre anni detto stato di cose, i primi servono di appoggio all'ultimo, ne spiegano il carattere e dànno forza giuridica al possesso.

§ II.

70. Già venne dimostrato, non essere necessario che gli atti, i quali costituiscono il possesso annale, abbiano luogo necessariamente nell'anno, potendo il possesso acquistato *corpore et animo* conservarsi colla sola intenzione, sempre quando però l'avversario non abbia un possesso contrario da opporre, e non sia così stato interrotto il civile possesso.

Essendo poi principio generale che la prova del possesso sia a carico di chi lo allega, come una cosa di fatto, ne viene che questa prova deve comprendere tutto il tempo dichiarato dalla legge necessario all'acquisto di un diritto. — Però l'art. 691 del Codice Civile fa una eccezione alla regola, dispensando il possessore attuale, il quale provi d'aver anticamente posseduto, di stabilire il suo possesso nel tempo intermedio, come quello che

(1) ZACHARIÆ, t. I, § 239 in not.

Digitized by Google

si presume. — Tale articolo stabilisce una presunzione di continuità di possesso a favore del possessore, il quale al possesso attuale congiunge l'antico, dispensandolo in questo caso dalla prova del possesso intermedio, e rigettando a vece la prova contraria a carico di chi lo contesta.

Uno pertanto, che pel passato abbia fatto gli atti materiali di possesso relativi ad una cosa, deve intendersi avere intenzionalmente conservato il suo possesso, non riputandosi mai leggermente abbandonato un diritto, se pur un qualche fatto o grave indizio non sorge a dimostrare l'effettività della rinuncia del possesso.

Sarebbe altronde ingiusto che un lungo possesso effettivo, susseguito da un possesso di qualche anno soltanto *animo domini*, non potesse essere un titolo sufficiente per chiederne la manutenzione contro un avversario, che non giustifichi e non abbia alcun proprio possesso.

Dovendosi poi, a senso dell'art. 691 del Codice Civile, stabilire il possesso attuale, quello cioè al tempo della molestia, ed il possesso antico, onde poter invocare la presunzione del possesso nel tempo intermedio, è evidente che in tali casi può il giudice ricercare il possesso anteriore, rimontando anche a più anni avanti il giorno della molestia, onde riconoscere in chi realmente risiedesse il legittimo possesso all'epoca della molestia stessa.

La legge, esigendo il possesso di oltre un anno anteriormente alla molestia, non proibisce di risalire più alto per apprezzarne i caratteri. — Ciò che essa divieta, si è di giudicare in vista e sul fondamento soltanto di un godimento antico, il quale abbia effettivamente cessato per oltre un anno avanti la molestia.

L'art. 700 del Codice Civile infine stabilisce, in ordine alle servitù, doversi riguardare la pratica dell'anno antecedente e, quando si tratti di servitù esercitate ad intervalli maggiori di un anno, gli atti dell'ultimo godimento, per determinare i diritti ed i doveri di chi ne gode e di chi la deve, e di ogni altro interessato. E, riferendoci alle considerazioni già fatte al N° 38, osserviamo che, a termini d'una sentenza della Corte suprema (1), se la questione versa non sul modo di esercitare la servitù, ma

(1) *Giur. ital.*, vol. XVII, 1, 902.

Digitized by Google

sul possesso stesso, l'azione possessoria deve regolarsi colle norme comuni e non con quelle tracciate da detto articolo.

SEZIONE SECONDA

Unione del possesso dell'autore e successore.

---

§ I.

71. Non è sempre necessario che il possessore abbia posseduto egli medesimo in proprio capo e nome per un anno intiero, potendo compierlo per mezzo di quello tenuto dal suo autore (1). E su di questa continuità legale di possesso occorrono alcune considerazioni.

Il concetto della continuazione della personalità giuridica del defunto negli eredi, che lo rappresentano, venne generalmente accolto dalle moderne legislazioni. Giustiniano (2) già diceva in proposito che *tempora continuantur*; e questa *continuatio temporum* assunse in seguito forme più decise, essendosi tolta la inutile formalità dell'apprensione. Ed il Codice Civile italiano dichiara a tale oggetto, coll'art. 925, che *il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione.* Perciò il possesso continua il suo corso senza la menoma interruzione.

Si obbiettò nelle discussioni preparatorie del nostro Codice, che il possesso è cosa di fatto, e non si comprende come possa passare dal morto al vivo. Può passare il diritto, può passare il dominio, non il possesso. Ma si rispose che il principio della continuità era stato accolto da quasi tutte le legislazioni, non solo a vantaggio degli eredi, ma anche dei terzi, di quell'elemento cioè che i nuovi Codici contemplano molto accuratamente,

(1) *Autore*, secondo il linguaggio giuridico è quello, dal quale uno riceve il suo diritto ed ha causa, sia a titolo universale o singolare, sia a titolo lucrativo od oneroso.

(2) *Inst. de usucap.*, § 12.

Digitized by Google

perchè è la società stessa; e che, oltre al fatto del possesso, vi ha il diritto del possesso, vale a dire il possesso giuridico, il possesso civile. E tanto ciò è vero, che il fatto del possesso non è e non può essere in contraddizione col diritto a possedere; e v'ha poi l'istituzione delle azioni possessorie, in cui non si parla nè di proprietà, nè di dominio; si riconosce che il possesso di fatto sta nelle mani di un terzo, e nondimeno viene un altro, il quale non ha il possesso di fatto, a reclamare quel possesso giuridico, che, secondo le condizioni stabilite dalla legge a dimostrazione del diritto al possesso, crede essergli dovuto (1).

Nell'erede pertanto sì legittimo, che testamentario non solo si trasferiscono tutte le ragioni e tutte le obbligazioni, ma *ipso jure* il possesso.

72. I successori, a vece, per titolo singolare, lucrativo come nei legati e donazioni, od oneroso come nelle compre, sono persone distinte dall'autore, e non ne rappresentano i diritti nella loro totalità. Non avrebbero conseguentemente, sotto tale aspetto, potuto continuare il possesso, *quasi accessio juris* (2), se alla severità della logica giuridica non avesse recato un temperamento l'equità, o, meglio dire, il principio, secondo cui il possesso influendo sull'acquisto del dominio diventa un postulato di diritto.

L'art. 693 del Codice Civile italiano riassume la relativa giurisprudenza, stabiliendo che *il possesso continua di diritto nella persona del successore a titolo universale; che il successore a titolo particolare può unire al proprio possesso quello del suo autore per invocarne e goderne gli effetti.*

Vi sono perciò due specie di trasferimento di possesso, di cui l'uno si opera di pien diritto e l'altro per addizione, ossia dichiarazione espressa o tacita. A vece di una continuazione legale e obbligatoria vi ha nel secondo caso l'*accessio possessionis*, derivante da un semplice atto di volontà.

La Corte di Cassazione di Firenze (3) spiegò le relative teorie, osservando, non doversi confondere la continuazione del possesso

(1) *Relaz. Gov.*, Pisanelli alla Camera dei Deputati, Tornata 14 febbr. 1865.
(2) Brunneman, *Interpretaz. della Leg.* 11, *Dig.*, *De div. temp. præscript.*
(3) *Sent. 5 agosto 1874, Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 120.

Digitized by Google

nell'erede colla congiunzione del possesso dell'autore col successore a titolo particolare. — La congiunzione mira a riunire il tempo della detenzione dell'attuale possessore col tempo, il cui possesso fu presso l'autore; mentre la continuazione fa considerare il successore universale come una sola persona col suo autore; di guisa che, senza avere acquistato mai materialmente il possesso, diviene possessore *ministerio juris* in virtù del solo titolo di successione. — Non puossi perciò parlare di continuazione di possesso trattandosi di successore singolare, ma solo di congiunzione quando v'ha possesso nello autore, ed il successore lo apprende materialmente in seguito all'atto di trasmissione del diritto; cosicchè deve questi provare l'esercizio di possesso proprio da unirsi a quello dell'autore, per promuovere l'azione possessoria.

Ne viene pertanto, essere molto semplice la posizione dei successori universali, stante la identità personale di essi col loro autore, di cui ereditano i diritti e le obbligazioni, il bene ed il male, e per conseguenza il possesso delle cose colle inerenti qualità e caratteri morali, e così anche coi vizi e difetti; — di guisa che, se il defunto possedeva a titolo precario, l'erede lo continua allo stesso titolo (1).

Ben diversi a vece sono i rapporti dell'autore e del successore a titolo singolare, non considerandosi gli atti possessorii come identici e continuativi, ma come fatti distinti, che, esistendo, *possono* riunirsi a certi effetti giuridici.

I successori singolari non contraggono neanco conseguentemente i vizi del possesso del loro autore, se non in quanto influiscano sul possesso loro proprio col determinarne la causa. Così, se l'autore non ha avuto che il dominio utile, il successore non può approfittarne per prescrivere la piena proprietà. La qualità del diritto acquistato non permetterebbe altra coscienza che quella dell'autore, per conseguenza non altra efficacia

(1) L'erede succedendo come sovra *ipso jure* ed a sua stessa insaputa nel possesso delle cose cadute nella eredità, può naturalmente esercitare l'azione possessoria prima ancora di averne preso il materiale possesso; e anche prima che spiri il termine per fare l'inventario, quanto all'erede che accettò l'eredità con tale beneficio, assimilandosi tale azione ad un atto conservativo.

Digitized by Google

di possesso. E quindi una mutazione di causa del possesso non potrebbe cominciare che dalla persona del successore ed aver tratto nel tempo avvenire (1). — Ma in tal caso deve il successore isolarsi dal precedente possesso; e se questo, ad esempio, era precario, deve incominciarne un altro *animo domini*.

È fuor di dubbio che il legatario può aggiungere al proprio possesso quello dell'erede, il quale non abbia consegnato la cosa legata che dopo un certo periodo di tempo, sebbene, a rigore di termini, *autore* del legatario non sia l'erede. — È però conforme al principio, cui s' informano gli articoli 862 e 863 del Codice Civile.

73. I due possessi devono naturalmente avere entrambi i caratteri della legittimità per utilmente unirsi. È d'uopo, cioè, che non sieno viziosi, ma vestano le qualità determinate dalla legge. — Devono inoltre essere uniformi ed avere un rapporto giuridico. Non solo il successore potrebbe prevalersi del possesso del suo autore in modo diverso, come si è già osservato; ma per cumulare i possessi bisogna che il titolo provenga da quella stessa persona, il cui possesso uno voglia unire al suo. Perciò, se si ricevette il titolo da una persona ed il possesso da un'altra, non havvi alcuna riunione, mancando tra il possesso ed il titolo quella relazione, che è il solo mezzo col quale due possessori possono essere congiunti per formarne un solo.

E, infine, per l'unione dei due possessi, tra il primo ed il secondo possessore, non deve esservi interruzione per causa estrinseca. — Un turbamento di possesso proveniente dal fatto di terzo può disciogliere il nodo legale dell'unione dei due possessi, se il secondo possessore, entro l'anno dal giorno della commessa usurpazione, non promuove utilmente l'azione possessoria.

Non v' ha però disgregazione di possesso nel caso, in cui questo, a vece di passare dall'uno all'altro in modo successivo e senza alcuna materiale interruzione, sia stato abbandonato, come nel caso di un' eredità giacente. Non è dubbio che in tal caso il possesso anteriore alla vacanza e quello, che venne in seguito, si possono riunire.

Si discusse pure se l'aggiudicatario per espropriazione forzata

(1) BORSARI, *cit. loc.*; MERLIN, *V. prescript.*

Digitized by Google

possa prevalersi del possesso del debitore spropriato. E giustamente prevalse l'opinione che il primo riunisce di diritto al suo proprio il possesso del secondo. — E invero, se non comperò per atto volontario da quest'ultimo, ne fece però l'acquisto per organo della legge all'asta pubblica; ed il possesso, in un col diritto di proprietà, si trasferì in esso. — A una tale questione già rispondeva affermativamente Scevola: *Item, si mihi pignori dederis et convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere, idque vendiderim, emptori accessio tui temporis dari debebit, licet invito te pignora distracta sint* (1).

74. Basta pertanto per l'esercizio dell'azione di manutenzione, che uno abbia un possesso legittimo pel tempo che, unito alla durata del possesso dell'antecessore, da cui ebbe causa, compia lo spazio di oltre un anno. — La legge, nello stabilire questa progressione ed unione economica di tempi, ebbe in mira di far rispettare i legittimi passaggi delle proprietà, e per identità di motivi e di scopo trova la sua applicazione tanto nei casi di prescrizione, che in quelli della manutenzione possessoria.

Si oggettò anche a tale proposito, che in questi ultimi casi non si tratta del *merito*, ma s'indaga il puro fondamento della azione di manutenzione esercibile dall'acquirente; e che questo fondamento stando nel possesso oltre annale, richiesto per ottenere la manutenzione, un tal possesso non si può supporre in chi abbia solo da alcuni giorni acquistato la cosa. — Mancandovi l'anno, manca il fondamento di quest'azione.

All'obbiezione si rispose che qui si tratta del possesso continuato nel successore, in forza dell'apprensione di fatto e della legge; e che bisogna distinguere il possesso *effettivo* dal *rappresentativo*. Se si parla dell'effettivo, siccome non fu ancora sviluppato, così non può essere turbato e far luogo all'azione di manutenzione. Se poi si parla del rappresentativo, siccome di già esisteva, e per forza di legge dall'antecessore ha potuto continuarsi nel successore, così può essere turbato in questo successore, come poteva esserlo nell'antecessore (2).

Ed il giudice può in questo caso esaminare il titolo, che

(1) *Leg.* 14, § 5; *Dig., De div. tempor. præscript.*
(2) Romagnosi, *Della condotta delle acque*, par. I, lib. 3, Sez. 2, § 31.

Digitized by Google

trasferisce il dominio ed il possesso della cosa, non per giudicare della sua validità e del merito della proprietà, ma per conoscere il fatto della continuazione del possesso.

§ II.

75. A schiarimento della materia riesce anche opportuna la decisione della Corte di Cassazione di Francia, riferita da Merlin (1).

« Nel giorno 9 brumale, anno IX, i cittadini Husquin e Lefebure acquistarono per iscrittura privata 3,000 iugeri di bosco, situati nel cantone di Auroux, dipartimento della Nièvre, dalle sorelle Mascrany. Questa scrittura fu consegnata al pubblico registro, onde acquistasse data certa, li 19 dello stesso mese ed anno. Dieci giorni dopo venne la stessa scrittura riconosciuta e ridotta a pubblico instromento notarile. Finalmente sotto li 6 frimale successivo questo instromento fu trascritto nell'ufficio delle ipoteche del luogo nel quale erano situati i beni.

« Mentre le sorelle proprietarie eseguivano tutti questi atti in persona, un loro procuratore, che era lontano dal paese, vendette nel giorno 11 brumale al cittadino Thomas gli stessi terreni con iscrittura puranco privata. È da rilevarsi che il luogo, in cui i primi acquisitori si trovavano, era così distante da quello del secondo, che non può cader sospetto che questi avesse notizia della vendita già fatta dalle sorelle proprietarie. Vuolsi inoltre osservare che il detto secondo acquirente non procurò data certa al suo atto, fuorchè sotto li 6 nevoso dello stesso anno, epperciò molto più tardi dei primi acquisitori.

« Malgrado le priorità del titolo dei primi acquisitori sopra il secondo, questi si pose in possesso dei terreni acquistati, nel tempo che i primi non avevano nominato che un guardiano ed un agente.

« In vista di questa presa di possesso del Thomas, gli acquisitori anteriori Husquin e Lefebure citarono il Thomas avanti il giudice di pace del cantone di Auroux in via di azione possessoria, il giorno 1° nevoso, anno IX. Questi dichiarò dal canto

(1) *Questions de droit*, art. *complaint*, § 2.

Digitized by Google

suo di prendere questa citazione come turbamento di possesso, e formò una domanda riconvenzionale di manutenzione in possesso come gli attori.

« Il giudice di pace, con sentenza delli 19 pratile, anno IX, accordò la manutenzione ai cittadini Husquin e Lefebure, proibì al Thomas di turbarli, e lo condannò ai danni ed interessi.

Questa sentenza è appoggiata ai seguenti motivi; « Constare *in fatto* che nessuna delle parti non ha, nè può avere in proprio capo il possesso annale dei boschi in questione; poichè il loro diritto non incomincia che al mese di brumale ultimo: quanto *al diritto* essere principio che nella prescrizione e in tutte le azioni possessorie devesi riunire, contare e considerar il possesso dell'autore con quello dei successori o acquirenti; che veruna delle parti non avendo possesso annale in capo proprio conviene necessariamente ricorrere al possesso del loro autore; consistere perciò la questione nel sapere quale delle due parti sia in diritto di attribuirsi questo possesso, e di rivendicare quello delle sorelle Mascrany in proprio favore; che la soluzione di questa questione rende necessario ed anzi indispensabile *l'esame dei titoli delle parti,* non per giudicare della loro validità in merito o per sapere quale debba avere la preferenza sull'altro rispetto alla proprietà (qual cosa non appartiene alla giustizia di pace), ma solamente rispetto al possesso; ciò stante, constare che la vendita fatta ai cittadini Husquin e Lefebure, li 9 brumale anno IX, precede quella del Thomas, e che inoltre è stata registrata prima dell'altra; che in forza di questa vendita le sorelle Mascrany hanno infallibilmente conferito tutti i loro diritti e segnatamente il loro possesso a questi acquirenti; che questa vendita è stata oltracciò rinforzata avanti il notaio li 29 dello stesso mese, e di più trascritta all'uffizio delle ipoteche il giorno 6 frimale. Ma prescindendo da questi due fatti, che hanno più relazione alla questione di proprietà, debbesi soprattutto riflettere che non era più in potere delle sorelle Mascrany di trasferire al Thomas un possesso già prima trasferito ai primi acquisitori, come pure non era possibile al Thomas di acquistare questo possesso; che i cittadini Husquin e Lefebure son quindi realmente i soli che acquistarono i primi il possesso o piuttosto il

Digitized by Google

diritto di prevalersi di quello delle sorelle Mascrany, e per conseguenza poco importa che il cittadino Thomas si sia il primo intromesso nei boschi ed alcuni giorni prima degli attori; che questa intromissione, lungi dal poter attribuirgli qualche diritto, deve anzi riguardarsi come un turbamento del possesso degli attori, o almeno come un errore per di lui parte; che il cittadino Thomas era, a vero dire, senza titolo di possesso, allorchè gli altri si posero al godimento dei boschi venduti, non avendo la vendita a lui fatta acquistato data certa se non che il giorno 6 nevoso anno IX, data della sua registrazione; e che nel dubbio altronde, ossia nella concorrenza si deve sempre, quanto al solo possesso, determinarsi in favore di quello che presenta il titolo il più apparente. »

Questa sentenza venne sull'appello confermata; ed il cittadino Thomas ricorse in Cassazione, per contravvenzione al titolo 18 dell'ordinanza del 1667, perchè non avevano i giudici considerato il possesso delle parti come regola unica della loro decisione in materia puramente possessoria; e per alcuni altri motivi, che si omettono come estranei al punto principale.

E la Corte colla nominata decisione: « Attesochè sul primo motivo, ecc.: attesochè sul secondo motivo le sorelle Mascrany cogli atti 9 e 19 brumale hanno trasferito tutti i loro diritti rescindenti e rescissorii sopra i boschi di cui si tratta ai cittadini Husquin e Lefebure; attesochè relativamente ai terzi le sorelle Mascrany avevano ancora a quell'epoca il possesso incontrastabile dei detti boschi, e che Husquin e Lefebure, i quali vi succedettero senza alcuna interruzione legale, tanto in nome proprio quanto delle loro venditrici intentarono l'azione di manutenzione nell'anno del turbamento risultante dal possesso di fatto allegato dal Thomas; donde ne segue che il giudicato denunziato riesce conforme all'articoto 1° del titolo 18 dell'ordinanza del 1667.

« Per questi motivi la Corte rigetta il ricorso, e condanna il ricorrente alla multa di 150 franchi. »

Il pubblico Ministero rappresentato da Merlin faceva in proposito osservare, che il ricorrente si faceva illusione sulla natura dell'azione possessoria, sostenendo che in quest' azione non si

Digitized by Google

dovesse giammai *aver riguardo ai titoli*, e provava il contrario, servendosi delle seguenti espressioni ricavate dal trattato di Dunode (1): « Quegli che ha posseduto durante un anno e un giorno, ha il vantaggio di poter esercitare l'azione di manutenzione, *interdictum uti possidetis*, e di farsi mantenere nel suo possesso, ricorrendo dentro l'anno ed il giorno in cui fu molestato; e può sempre produrre il titolo ed allegare le ragioni del petitorio per rinforzare il suo possesso. Ciò è importante, allorquando le prove del possesso sembrano eguali dall'una e dall'altra parte.

Aggiungeva, essere pur questa la dottrina del Presidente Fabro (2).

E, dopo una lunga discussione sulle particolari circostanze della causa, il sig. Merlin proseguiva ancora: « In tesi generale, non v'ha dubbio che il possesso del venditore non debba giovare al compratore sia per prescrivere, sia per intentare l'azione di manutenzione. È donde mai il compratore trae egli il diritto di congiungere così il possesso del suo venditore al proprio? Egli lo trae dalla trasmissione fattagli dal venditore de' suoi diritti sulla cosa venduta. Per la qual cosa facendo valere il possesso del suo venditore egli esercita il diritto stesso competente al venditore: egli rappresenta lo stesso suo venditore: è anzi lo stesso venditore che agisce col di lui organo.

« Può dunque intentare l'azione di manutenzione negli stessi casi, per le stesse cause e contro le stesse persone, come potrebbe competere al suo venditore. E viceversa, se vi sono casi nei quali il venditore nol potesse, se vi sono cause per le quali il venditore nol potesse, se vi sono persone contro le quali il venditore nol potesse, egli è certo che il compratore nol potrebbe dal canto suo: *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet* ».

76. Si discusse se, dovendo per l'unione dei possessi esservi relazione giuridica tra i possessori ed essere uniformi i possessi, esistano siffatte condizioni tra il possesso dell'usufruttuario e quello del proprietario. — Non si pose in dubbio, potere

(1) Part. 2, cap. 3.
(2) Lib. 8, tit. 8, § 4, def. 1, 3, 6.

Digitized by Google

l'usufruttuario congiungere al suo il precedente possesso del proprietario; giacchè nel possesso di quest'ultimo era l'altro naturalmente compreso, essendo il proprietario anche usufruttuario della cosa sua; e l'usufruttuario succedendogli riassume in sè la pienezza del dominio e del godimento.

Ma il dubbio sorse nell'ipotesi inversa, quando cioè, cessato l'usufrutto, il proprietario riprende il godimento, ossia l'utile possesso della cosa. Gli uni sostengono (all'appoggio di decisione della Corte di Cassazione francese 6 marzo 1822), che l'usufruttuario non possiede pel proprietario, ma per se stesso ed in suo proprio nome; che il proprietario non ha causa dallo usufruttuario; e che l'usufrutto si estingue colla costui morte e non può dirsi che il proprietario gli succeda in questo diritto. Ma detta sentenza e la conseguente dottrina venne giustamente confutata da Belime, il quale osserva che l'usufruttuario possiede di certo *ex proprio nomine*, ma che da ciò non deriva detta conseguenza.

Ogni proprietario possiede per sè e non per l'erede, che sarà chiamato a succedergli dal suo testamento o dalla legge; e ciò non toglie che l'erede possa congiungere il suo possesso con quello del suo autore. E l'usufrutto comprendendo l'utile possesso fa che, durante la vita dell'usufruttuario, non possa il proprietario agire per farvisi mantenere, come nol potrebbe l'erede durante la vita di colui, al quale deve succedere. Ed è affatto erroneo che, estinguendosi l'usufrutto colla morte dello usufruttuario, nessuno possa succedergli nel relativo diritto e possesso; giacchè il godimento dei frutti e redditi delle cose usufruite non va in dileguo e non isfuma dopo la morte dello usufruttuario, ma passa al proprietario, che gli succede in detto godimento. I possessi del proprietario e dell'usufruttuario possono dirsi in certo modo collegati in un rapporto giuridico successorio per la volontà stessa di chi costituì l'usufrutto consistente nella restituzione della cosa al proprietario, al momento della cessazione di usufrutto. — Nessun altro, invero, potrebbe succedere all'usufruttuario fuori del proprietario. Epperciò l'articolo 515 del Codice Civile classifica la riunione nella stessa persona delle due qualità di usufruttuario e di proprietario tra

Digitized by Google

i modi con cui finisce l'usufrutto, comprendendovi la morte dell'usufruttuario.

77. Un'altra questione insorse sul punto di vedere, se uno, il quale agendo in giudizio ottenne a suo favore una sentenza di rilascio di un fondo, possa unire il proprio possesso a quello del convenuto.

Coloro, che sostengono l'opinione negativa, osservano che la legge per la ricongiunzione dei possessi suppone un autore ed un avente causa (art. 693 del Codice Civile); e il convenuto in giudizio non può dirsi autore dell'attore. Inoltre la legge dichiara interrotta naturalmente la prescrizione, quando il possessore viene privato per più d'un anno del godimento della cosa (art. 2124). — Perciò l'altrui possesso toglie al proprio ogni legale effetto, interrompendone il corso.

E coloro, che giustamente sostengono l'opinione affermativa, osservano che le parole *autore ed avente causa* in fatto di successione di possesso e dei rapporti giuridici, che corrono tra loro, devonsi intendere in senso largo, tale da abbracciare qualsiasi vincolo che possa consistere in una qualunque trasmissione della cosa posseduta, fatta nei modi legali. Perciò questo vincolo e questo rapporto esistono tra il possessore espulso giudicialmente dal fondo ed il proprietario, a cui favore emanò la sentenza del rilascio. Una tale sentenza riconosce in effetto nell'attore il diritto sulla cosa, e questo diritto comprende quello di goderla, possederla; e conseguentemente riconosce che il possessore, giudicialmente scacciato dal fondo, mancava di detto diritto; cosicchè il fatto del di lui possesso non può a meno di fruttare a colui che solo poteva possedere e che col giudizio mostrò di voler possedere. E s'aggiunga che, se nel corso della causa le parti fossero divenute a transazione e il convenuto avesse restituito all'attore il fondo, questi per effetto del contratto dovrebbe considerarsi come avente causa dal convenuto e congiungerebbe il costui possesso al proprio. — E il giudizio non è che una specie di contratto, in cui la sentenza tien luogo dell'accordo; epperciò uguali debbono essere le conseguenze, non potendo questa avere minori effetti della transazione, la quale ha eziandio fra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile (art. 1772).

Digitized by Google

E, quanto all'interruzione, osservano che la interruzione di un anno priva dell'antecedente possesso; ma che la legge (articolo 2124) suppone il caso, in cui uno essendosi lasciato privare del possesso per un anno intiero, e non avendo reclamato, lasciò presumere d'aver abbandonato il proprio possesso e riconosciuto anche quello di colui che lo spossessò; suppone, in sostanza, il caso in cui non sia seguito un giudizio ed una sentenza di rilascio. — Se quindi più tardi riprende la cosa toltagli, questo suo possesso è un fatto succeduto al possesso del terzo, ma non legato per alcun vincolo legale al medesimo; mentre per una sentenza i due fatti si ricongiungono giuridicamente e l'interruzione naturale si considera come non avvenuta, essendo il fatto dimostrato ingiusto e quindi civilmente nullo.

Questa è l'opinione di Belime su detta questione, agitatasi in Francia, dietro le disposizioni degli articoli 2235 e 2243 del Codice Nap. — Anche Troplong professa uguale opinione; ma fa una distinzione, accordando l'accessione dei due possessi, quando il convenuto è condannato a restituire i frutti; e diniegandola quando il convenuto è in buona fede e non è quindi condannato alla restituzione dei frutti. — L'erroneità di questa distinzione si manifesta da sè, come osserva Belime; e invero, la condanna alla restituzione dei frutti null'altro prova, se non che il detentore condannato era di mala fede; la qual cosa, se ha importanza tra esso ed il suo avversario, non ne ha alcuna verso i terzi, al cui riguardo è invocata l'accessione, ossia l'unione dei possessi.

L'accessione succede pure, senza dubbio, nel caso di spoglio e della susseguita reintegrazione giudiciale. È evidente che, se uno ripiglia in via di reintegrazione il possesso, di cui fu spogliato in modo violento od occulto, il suo possesso non può considerarsi interrotto. Il fatto dello spoglio, riparato colla restituzione, non deve produrre conseguenze giuridiche a danno dello spogliato, il quale presumesi anzi non aver mai cessato di possedere coll'animo.

Digitized by Google

TITOLO TERZO

BENI CHE POSSONO FORMARE OGGETTO DELL'AZIONE DI MANUTENZIONE. RAPPORTI DEL POSSESSO COLLA LORO ALIENABILITÀ E PRESCRITTIBILITÀ. DISTINZIONE PER NATURA, DESTINAZIONE ED OGGETTO.

CAPO PRIMO

Dei beni in generale e loro rapporto col possesso e colla azione possessoria.

§ I.

78. Secondo l'art. 694 del Codice civile, i beni, che possono formare oggetto dell'azione di manutenzione in possesso, sono gl'immobili, i diritti reali, la universalità dei mobili.

Ma vi sono cose suscettive di proprietà e di possesso, ed altre che non lo sono. Le cose, la cui proprietà può acquistarsi, hanno, per questa stessa loro natura, un proprietario; giacchè se non appartengono ai privati, alle provincie, ai comuni, ai pubblici istituti o ad altri corpi morali, appartengono allo Stato. Le sole cose non suscettive di proprietà, e non aventi per conseguenza un padrone, sono quelle che destinate dalla legge di natura all'uso comune degli uomini, come il mare, l'aria, la luce, non possono divenire proprietà esclusiva di alcuno e sfuggono all'azione del potere legislativo. Le altre cose sono a vece sottoposte a questo potere, che può colpirle d'inalienabilità

Digitized by Google

assoluta o solo relativa, avuto riguardo alla loro destinazione od alle persone che le possedono.

L'art. 690 del Codice Civile dichiara che *il possesso delle cose, di cui non si può acquistare la proprietà, non ha effetto giuridico*. E a questa disposizione, affatto nuova nella nostra legislazione, vuolsi raffrontare quella dell'art. 2113, che stabilisce, non aver luogo *la prescrizione riguardo alle cose che non sono in commercio*.

L'art. 690 fu oggetto di discussione in seno alla Commissione Senatoria, come già si osservò (N° 28). Nel progetto del Codice era la formola così concepita: *Non si può acquistare il possesso delle cose che non sono in commercio;* ma essa fu oppugnata e finì per subire la trasformazione apparente da questo articolo. La ragione del cambiamento fu che il principio proclamato dalla formola del progetto non era esattamente vero, potendo anche alcune cose, che si ritengono fuori di commercio, essere oggetto di possesso, almeno per la materiale detenzione, e questo possesso dovendo il detentore poter far rispettare ed eziandio ricuperare, se tolto.

Li due articoli contengono intanto proposizioni generali; l'una, cioè, in tema di possesso comprende tutte le cose che, non essendo suscettive di proprietà per alcuno, non sono neanco suscettive di possesso qualsiasi; e l'altra, in tema di prescrizione, esclude l'acquisto, per tal mezzo, delle cose che non sono in commercio, delle cose, cioè, che cadono nel dominio del diritto, ma la cui alienazione e prescrittibilità sono impedite dalla loro speciale destinazione o dal loro rapporto giuridico colle persone.

Nei Codici precedenti vi fu una confusione del possesso colla prescrizione, essendosi considerato il possesso non per se stesso, ma come fondamento della prescrizione; e ne derivò quindi un contrasto di opinioni negli apprezzamenti del possesso che serve all'azione possessoria, e del possesso che induce la prescrizione. Nel Codice vigente fu tolta questa confusione; e la difesa del possesso in via possessoria è risguardata in senso più favorevole della prescrizione, avendo questa per subbietto l'acquisto della proprietà e quello la pura tutela dello stato apparente e giuridico delle cose. Sono due differenti istituti, di cui l'uno opera

Digitized by Google

lentamente la trasformazione del possesso nel diritto di proprietà, mentre l'altro, fondato sulla momentaneità del possesso, lascia intatto questo diritto.

Perciò i requisiti del possesso richiesti alla prescrizione non lo sono ugualmente all'azione possessoria. E invero, fra i caratteri del possesso legittimo per l'esercizio di quest'azione non si annovera quello della prescrittibilità.

Certo, in ordine al possesso manutenibile, deve constare anzi tutto che il possesso sia possibile; e le cose, le quali sono nel demanio pubblico, non potendo cadere nel dominio privato, sfuggono alla teoria dell'azione di manutenzione. — Ma vi sono a vece cose che possono cadere nel possesso dei privati, malgrado la loro imprescrittibilità. Per esempio, vi sono cose che, sebbene spettanti alla proprietà pubblica, possono tenersi e godersi dai privati per disposizione della legge, o per concessione dell'autorità competente. — Esse sono imprescrittibili, ma sono suscettibili di possesso con effetto giuridico. — E sarebbe ingiusto ed anzi assurdo il diniegare a questo possesso la difesa che gli compete contro le altrui usurpazioni pel motivo che, quantunque si possano tali cose legalmente possedere, non possa a loro riguardo avere luogo la prescrizione.

Nell'ordine privato trovansi pure ragioni d'imprescrittibilità, che non potrebbero certamente influire sopra una questione possessoria; essendovi possessori che ritengono beni per un diritto giuridico e manutenibile, senza che possano acquistarne la proprietà per via di prescrizione.

79. In ordine al principio, secondo cui possono beni dichiarati imprescrittibili essere suscettivi in certi casi di manutenzione, giova anche un po' di storia.

Il Consiglio di Stato (1), esaminando l'art. 445 del progetto del Codice Civile Albertino, rigettò l'addizione stata suggerita a questo articolo, la proposta, cioè, di aggiungere dopo le parole *diritto reale* le seguenti: *La cui proprietà possa acquistarsi per via della prescrizione.*

Si osservò, in appoggio della proposta, che le parole *diritto reale,* usate nell'art. 23 del Codice francese di Procedura Civile,

(1) *Verbale della seduta 25 novembre 1836.*

Digitized by Google

da cui si era desunto il detto art. 445, avevano suscitato la questione sul punto, se l'azione possessoria potesse anche competere pei diritti reali, al cui acquisto era inetto il possesso, ove non corredato da titolo, oppure la si dovesse intendere limitata ai diritti, che potevano acquistarsi colla prescrizione; e si aggiunse, essere già stata la questione risolta dalla giurisprudenza, la quale ritenne che l'azione competeva soltanto per questi ultimi diritti; essendo assurdo che il possesso di un anno potesse generare una qualche ragione, quando lo stesso possesso trentennàrio era inetto all'acquisto di un diritto. La proposta aggiunta aveva quindi lo scopo d'evitare la riproduzione del dubbio e delle conseguenti controversie.

Ma si contrappose che si trattava unicamente del possesso; e che per esaminare se il diritto fosse, o non, di natura da poter essere acquistato colla prescrizione, sarebbe stato necessario di entrare nel campo del merito.

I motivi speciali però, addotti in proposito a sostegno e a disapprovazione del progetto, non sembrano sufficientemente adeguati, essendo gli uni ristretti in troppo esigui confini, e gli altri troppo generalizzati. — È del resto cosa sostanziale e di fatto che il Consiglio di Stato rigettò la proposta addizione e per tal modo sancì, almeno implicitamente, il principio, che anche per alcune cose imprescrittibili dovesse ammettersi l'azione possessoria.

Nel progetto poi del Codice di Procedura Civile, presentato al Senato nel 1850, figurava all'art. 124 la seguente disposizione: *I diritti, che non si possono acquistare colla prescrizione, non formano oggetto di azione possessoria.* Questo progetto non venne discusso in seno al Parlamento; ma, fatti maggiori studi, ne fu presentato un altro nel 1853, nel quale era scomparsa la disposizione espressa in detto art. 124. E ciò avvenne dietro le osservazioni fatte dalla Corte di Cassazione di Torino e dalla Corte d'Appello di Casale. — Dopo d'avere le due Corti considerato, non essere oggetto della legge di procedura una disposizione concernente il merito delle azioni possessorie, dovendo essa limitarsi a regolarne l'esercizio, senza punto cangiare od alterare il concetto dei principii consacrati dai canoni del diritto civile, ebbero ad osservare che il principio espresso dal sovra

Digitized by Google

enunciato articolo 124 non rispondeva, nella sua formola assoluta, esattamente ai dettati del diritto, e non avrebbe potuto in molti casi trovare applicazione; e in ispecie avrebbe sempre respinto l'azione possessoria, quando risguardasse i beni dello Stato, della Corona, della Chiesa, dei Comuni, dei minori; e così pure i beni dotali e quegli altri, che non si possono acquistare colla sola prescrizione; e l'avrebbe eziandio respinta tra privati, allorquando si fosse trattato di derivazione d'acqua da fiumi o di altri diritti su beni del pubblico dominio, malgrado fossero consacrati da titoli, e ai soli reggitori della cosa pubblica dovesse rendersi ragione dei titoli stessi e non ai privati, cui venisse il talento di turbarne l'esercizio.

E alle osservazioni dei due magistrati susseguì la relazione del Governo, nella quale si legge: « I caratteri che debbe avere il possesso, perchè si faccia luogo alla manutenzione in esso dentro l'anno, essendo bastevolmente significati nel Codice Civile, non parve conveniente di frammettere alle regole di procedura un principio di mero diritto; e inoltre siffatto principio, per la sua generalità troppo assoluta, poteva condurre a troppo estese conseguenze, tanto che la negazione dell'azione possessoria avrebbe forse potuto riuscire in danno di certi diritti, pei quali il titolo esistesse di fatto, o si avesse a presumere. »

§ II.

80. Vi sono perciò cose che sono imprescrittibili sì nell'ordine dell'interesse pubblico, che nella sfera di privati interessi, ma che possono tuttavia essere materia di azioni possessorie. Non vuolsi invero confondere la natura delle cose prescrittibili colla prescrittibilità del possesso, e così le peculiari condizioni giuridiche di quelle cose, e di coloro a cui appartengono, coi caratteri del possesso delle medesime.

Se uno dice, non ammettersi azione possessoria quando il diritto non si può acquistare colla prescrizione, parla della cosa posseduta e non del possesso; giacchè non il possesso, ma la cosa si acquista colla prescrizione. Corre, in sostanza, una diversità tra la natura delle cose prescrittibili e la prescrittibilità

Digitized by Google

del possesso, tra le cose che non si possono acquistare per mezzo della prescrizione e le qualità che deve avere il possesso prescrittibile. I caratteri del possesso, comuni sì all'azione di manutenzione, che alla prescrizione, sono designati dall'art. 686; ma questa correlazione di requisiti nel possesso, riferibile ai due diversi istituti, non toglie che possa aver luogo la manutenzione in casi, pei quali non può effettuarsi la prescrizione (1).

Belime, i cui dettati sono altamente apprezzati per iscienza e logica, esprime a tale proposito la seguente teorica (2):

« Quando si dice (il che è esattissimo) che il possesso per agire in manutenzione è il medesimo che per prescrivere, si intende parlare del possesso in sè, de' suoi caratteri, delle condizioni richieste perchè sia legale. Bisogna che sia pubblico, pacifico, non precario, non equivoco. — Perchè? — Perchè la stessa ragione richiede tutte queste condizioni, onde il possesso possa opporsi ai terzi. Ma la imprescrittibilità non riguarda i caratteri del possesso: essa è una qualità della cosa. — E non si è mai detto che gli ostacoli impedienti la prescrizione debbano necessariamente rendere impossibile l'azione possessoria..... Per altra parte, qual differenza tra le cose del pubblico demanio e quelle che la legge dichiara semplicemente imprescrittibili? Le prime servono a tutti; in ogni istante si passa per le strade, si naviga sui fiumi e canali. La stessa promiscuità del loro uso s'oppone in ogni momento contro la usurpazione che se ne facesse. Non solamente essa renderebbe difficile qualsiasi usurpazione, ma metterebbe in mala fede l'usurpatore e non gli darebbe che un possesso precario. Accade altrimenti delle cose imprescrittibili. Questa specie di beni resta nel commercio, in questo senso che non si distingue in nulla dalla proprietà privata; al par di questa, quei beni sono affittati, abitati, coltivati. Il possesso che se ne ha riveste tutti i caratteri del possesso legale; gli è vero che la legge, per una ragione di favore, non ha voluto che la prescrizione si potesse compiere; ma, siccome essa non ha detto il contrario, tutti gli altri effetti del buon possesso debbono aver

(1) SCIALOIA, *Az. possess.*, pag. 540.

(2) *Act. possess.*, n° 252. — L'opinione di BELIME è pure adottata da DALLOZ, *Act. possess.*, n° 353.

Digitized by Google

luogo. Supponiamo che per errore io abbia acquistato una cosa imprescrittibile, e che io l'abbia posseduta per parecchi anni in buona fede; si dirà che io non ne guadagni i frutti? — Non si potrebbe giungere a siffatta conseguenza. Ebbene nel modo stesso che io guadagnerò i frutti, perchè il Codice non ha detto il contrario, io mi farò mantenere nel possesso, se durò per oltre un anno, per mezzo dell'azione possessoria. Si direbbe invano che è inutile questa manutenzione in possesso, perchè la cosa essendo imprescrittibile si ha la certezza di dover rilasciarla in petitorio. Io rispondo che cotesta è una questione, della quale il giudice di pace non può conoscere, e che è difficile che la usurpazione sia evidente, come accade sovente in fatto di cose pubbliche, precisamente perchè i beni imprescrittibili non si distinguono in nulla dai beni privati pei loro caratteri esteriori. »

Aggiungasi infine, non essere neanco esatta, o quanto meno invariabile la regola, che l'imprescrittibilità delle cose derivi dalla loro inalienabilità. La legge protegge per lo più contro la prescrizione ciò che essa dichiara inalienabile. — Ma si deve partire dalla natura stessa delle cose e dalla loro destinazione per conoscere, se esse sieno prescrittibili, cioè se sieno o non nel commercio. — E la legge può anche in alcuni casi permettere l'alienazione di una cosa per convenzione e non concederne la prescrizione (1).

SEZIONE SECONDA

Dei beni relativamente alle persone, a cui appartengono.

---

§ I.

81. I beni sono o dello Stato, o delle Provincie, o dei Comuni, o dei pubblici istituti od altri corpi morali, o dei privati (art. 525). — I beni dello Stato si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali (art. 426). Le strade nazionali, il lido del mare,

(1) *V.* n. 82, 83.

Digitized by Google

i porti, i seni, le spiaggie, i fiumi e torrenti, le porte, le mura, le fosse, i bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze fanno parte del demanio pubblico (art. 427). Qualsiàsi altra specie di beni appartenenti allo Stato forma parte del suo patrimonio (articolo 428). I terreni delle fortificazioni o dei bastioni delle piazze da guerra, che più non abbiano tale destinazione, e tutti gli altri beni, che cessino di essere destinati all'uso pubblico ed alla difesa nazionale, passano dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato (art. 429). I beni del demanio pubblico sono per loro natura inalienabili: quelli del patrimonio dello Stato non si possono alienare che in conformità delle leggi, che li riguardano (art. 430). — I beni delle Provincie e dei Comuni si distinguono in beni di uso pubblico e in beni patrimoniali. La destinazione, il modo e le condizioni dell'uso pubblico, e le forme d'amministrazione e di alienazione dei beni patrimoniali sono determinate da leggi speciali (art. 432). I beni degl'istituti civili od ecclesiastici e degli altri corpi morali appartengono ai medesimi, in quanto le leggi del regno riconoscono in essi la capacità di acquistare e di possedere (art. 433). I beni degli istituti ecclesiastici sono soggetti alle leggi civili, e non si possono alienare senza l'autorizzazione del Governo (art. 434). Tutti gli altri beni appartengono ai privati (art. 435).

Nel demanio dello Stato si distinguono pertanto i beni pubblici da quelli posseduti a titolo di proprietà privata (1).

Lo stesso dicasi a riguardo dei beni, che per legge speciale sono assegnati in dotazione alla Corona, a senso dell'art. 19 dello Statuto Costituzionale, come quelli che diventano beni del demanio pubblico, e non voglionsi confondere col patrimonio privato del Re, a cui accenna il susseguente art. 20.

La inalienabilità non deve però intendersi in senso generale ed assoluto; e ce ne dà un esempio lo stesso art. 429. Possono in effetto i beni consacrati al pubblico uso ed appartenenti al pubblico demanio rientrare nel commercio, ed essere suscettibili di acquisizione e di possesso, se, cessando la causa della loro

(1) *V.* anche il Titolo III del *Regolamento* approvato col Reale Decreto 13 dicembre 1863, n° 1628 sulla *Contabilità generale dello Stato* — e *Legge* 21 agosto 1862, n° 794 sulla *alienazione dei beni del patrimonio dello Stato.*

Digitized by Google

destinazione, e così la ragione del fine e la conseguente incapacità giuridica, assumono gli ordinari caratteri della proprietà privata.

Identici principii d'interesse generale dettarono le disposizioni, che riguardano i beni delle Provincie e dei Comuni, i quali sono imprescrittibili e non passibili di possesso, finchè conservano la loro destinazione ad uso pubblico, ma possono, cessata la destinazione, rientrare nel commercio delle cose e seguire le sorti della privata proprietà.

Lo Stato pertanto, le Provincie ed i Comuni pei loro beni patrimoniali, ed anche gli altri corpi morali pei beni di loro spettanza, sono soggetti alla prescrizione e possono opporla, come i privati (1).

Da queste disposizioni si può conchiudere che, in ordine ai beni di pubblico demanio e di uso pubblico, non è tanto la qualità del possessore, quanto la destinazione dei beni stessi, che ne costituisce l'inalienabilità e la imprescrittibilità, giacchè per quelli che *in usu publico non sunt*, e formano il patrimonio ordinario, vi può essere efficace civile possesso, come pei beni di qualsiasi privato. Non si poteva concedere un privilegio per detti beni patrimoniali, senza ledere i principii di uguaglianza, su cui si riposano i diritti delle persone, siano esse individui o corpi morali, e senza ledere le ragioni d'economia sociale in ordine alle proprietà.

82. Dalle esposte considerazioni risulta, in ispecie, che non solo le strade nazionali, ma anche le provinciali e comunali cadono nel novero delle cose non suscettive di privato possesso, servendo esse ai pubblici bisogni. E così anche le piazze, i luoghi destinati ai pubblici passeggi, i templi dedicati al culto, ed ogni altro sito od edifizio destinato a pubblico servizio. Ma questo carattere d'imprescrittibilità conservano naturalmente solo sino a che ritengono la destinazione ad uso pubblico; giacchè è appunto questa destinazione all'uso di tutti, che loro imprime detto carattere. Perciò, cessando d'esistere la causa di utilità

(1) *Cod. Civ.*, art. 2 e 2114.

Digitized by Google

pubblica, per cui furono posti fuori di commercio, riprendono la loro normale condizione (1).

Trattandosi di acque pubbliche, l'inalienabilità e la imprescrittibilità colpiscono soltanto il fiume o torrente per la naturale loro destinazione di uso pubblico; ma le derivazioni dal fiume o dal torrente non sono più tali; giacchè la inalienabilità del fiume o torrente non impedisce che si possano fare parziali concessioni delle acque in modo temporario o perpetuo, a titolo di semplice uso o di proprietà. Il possesso dell'acqua derivata è perciò manutenibile (2).

Nelle questioni tra privati torna poi affatto inutile d'indagare se l'acqua, di cui uno gode, sia o non demaniale e se il relativo possesso possa dirsi legittimo per avutane concessione. E invero, per escluderne la manutenibilità, sarebbe necessario che l'eccezione di demanialità fosse opposta dallo Stato. — Un semplice privato non avrebbe qualità per siffatta opposizione, che sarebbe sostanzialmente un'eccezione *de jure tertii*; epperciò non potrebbe con simile mezzo evitar gli effetti dell'azione possessoria, derivante da un suo fatto turbativo dell'altrui possesso (3).

Non può neanco in giudizio possessorio discutersi sulla contestata natura dei beni, salvo si tratti di cose, in cui la demanialità *inest in re ipsa*, per virtù di legge; e risulti quindi di questa demanialità dalla natura e stato esteriore delle cose, in modo costante ed evidente, come quando si tratta di strade pubbliche, di acque pubbliche e di altri beni, che abbiano evidentemente le qualità e destinazioni designate dalla legge (articoli 427 e 429).

La indagine sulla qualità dei beni e sulla conseguente manutenibilità, o non, del possesso non deve certo mai eccedere

(1) *Giur. ital.*, vol. IV, 2, 677; vol. V, 2, 409; vol. IX, 2, 907; vol. XI, 1, 384; vol. XIV, 1, 316 e 663; vol. XX, 1, 281.

Leg. 20 marzo 1865, n. 2248, alleg. A e F. — (*V.* pure *Leg.* 5 giugno 1850 e 3 agosto 1862; *Regolamenti* 27 novembre 1862 e 13 dicembre 1863).

Potrebbe aggiungersi che, pel tempo in cui tutti usano di una cosa, nissuno può attribuirsi atti di possesso esclusivo.

(2) Art. 132 e seg. della *Leg.* 20 marzo 1865 all. F.

Giur. ital., vol. I, 2, 748.

(3) DALLOZ, 1865, 1, 441; e 1866, 1, 224.

Digitized by Google

i limiti naturali e legali del giudizio possessorio; ma per evitare il pericolo d'invadere il petitorio non devesi neanco esagerare il principio, che proibisce il cumulo dei due giudizi, sino al punto di credere vietato al giudice del possessorio di esaminare lo stato delle cose e la natura dei beni.

L'art. 690 dichiarando che il possesso delle cose, di cui non si può acquistare la proprietà, non ha effetto giuridico, rese necessaria, per la tutela del possesso di una cosa, la disamina se questa cosa sia o no suscettibile di possesso giuridico; e con tale esame, diretto a questo unico scopo, e così ristretto a quanto è essenzialmente e puramente necessario a giudicare del possesso, non si cumula il possessorio col petitorio. Può pertanto il giudice, in caso d'azione possessoria e di eccezione di demanialità dei beni opposta dagli agenti del demanio, verificare se questa eccezione sussista o non. E di fatti, per respingere l'azione è d'uopo che i beni in questione sieno riconosciuti formar parte del pubblico demanio, e che conseguentemente il giudice verifichi se il fatto, sul quale si fonda l'eccezione, presenti i caratteri della verità. — Ed è dietro tale disamina per l'apprezzamento del possesso, che il giudice respinge o accoglie l'azione, secondo i risultati della disamina stessa (1).

L'osservazione poi avanti fatta, che l'eccezione di demanialità e di pubblica destinazione possa solo opporsi da chi rappresenta il pubblico demanio, va soggetta a limitazioni, essendovi casi, in cui uno può aver interessi e diritti proprii, oltre agl'interessi generali; ad esempio, quando trattasi di strade pubbliche. — E fu quindi giudicato che tutti gli utenti di una strada comunale hanno diritto, anche senza il contraddittorio del Comune a cui appartiene, di far valere le ragioni di passaggio loro spettanti, e di far risolvere le opposizioni o molestie di terzi all'esercizio del relativo loro possesso (2).

(1) *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 573 in not.

(2) *Cassaz. di Milano*, 30 luglio 1862; *Giur. ital.*, vol. XIV, 1, 816 (*V.* n. 79 e 80; e *Sentenza della Corte d'Appello di Torino* 20 giugno 1860, GROGNARDI c.° CASALIS e DEFILIPPI; *Sentenza della Corte d'Appello di Casale* 4 luglio 1868, VICO MARINO c.° BREGA.

Digitized by Google

Dalloz (1) riferisce il caso, in cui si trattava del possesso annale di una presa d'acqua da acquedotto comunale per titolo non contestato, ed in cui il Comune sosteneva che la quantità estratta era maggiore di quella concessa col titolo, epperciò inefficace il possesso per tal eccedenza. E la Cassazione francese considerò che l'utente aveva diritto all'azione di manutenzione per turbamento di possesso, senza che si potesse esaminare se le acque comunali fossero o non prescrittibili. Essendovi un titolo, solo si doveva aver riguardo alla modalità del possesso nell'ultimo anno. Questo esempio può presso di noi servire, pel suo principio, non però ad identica questione, non essendo le acque comunali considerate per se stesse come beni di demanio pubblico, ma piuttosto come beni patrimoniali. Fu perciò giudicato che il sindaco non può valersi della facoltà di cui all'art. 378, ultimo capoverso, della legge 20 marzo 1865, all. F, all'oggetto di far ridurre nel primiero stato acque comunali state abusivamente deviate; ma dover sperimentare le ragioni del Comune avanti l'autorità giudiziaria (2). — Altro sarebbe, se si trattasse di acqua ad uso pubblico, come la sorgente che somministra agli abitanti l'acqua necessaria.

§ II.

83. Vi sono infine cose imprescrittibili per rapporto a determinate persone; e sono quelle che appartengono a persone privilegiate, come gl'immobili dotali durante matrimonio, i beni dei minori non emancipati, degl'interdetti. Però in questi casi vi ha piuttosto sospensione momentanea della prescrizione, che non assoluta imprescrittibilità; giacchè al cessare del matrimonio, della interdizione e della minor età, od all'avvenimento della emancipazione, la prescrizione riprende il suo corso.

È intanto canone di giurisprudenza che, sebbene non corra prescrizione durante il matrimonio e negli altri casi precisati

(1) *Act. possess.*, n° 355.

(2) *Sentenza della Corte di Cassazione di Palermo*, 16 aprile 1873; *Riv. Amm.*, 1873, vol. XXIV, pag. 616.

Digitized by Google

nell'art. 2120 del Codice Civile, è tuttavia ammessibile l'azione possessoria sui beni dotali e su quelli delle altre persone privilegiate.

L'imprescrittibilità, che non è come sopra assoluta, potrebbe apporsi, come eccezione, in un giudizio petitorio, ma non premunirebbe dalle conseguenze di un'azione possessoria il minore, l'interdetto, od altra persona privilegiata; essendo ormai principio incontestato, che gl'incapaci non godono di alcun privilegio rispetto all'azione possessoria, e che può conseguentemente farsi valere il possesso giuridico oltreannale contro i medesimi, non ostante la sospensione della prescrizione.

Quegli, in sostanza, che da oltre un anno ha il possesso legittimo d'una cosa, il possesso, cioè, che si appalesa coi caratteri determinati dall'art. 686, ha diritto alla conservazione dello stato giuridico apparente; e può chiederne la manutenzione, anche contro un minore od interdetto, che lo turbi nel suo possesso. E il pretore può apprezzare le circostanze e anche i titoli, che il minore o l'interdetto producesse; ma non per esaminare la validità dei titoli e determinare la imprescrittibilità della cosa, come di spettanza di un minore od interdetto, locchè sarebbe cumulare il possessorio col petitorio, sibbene per apprezzare e determinare i caratteri di un possesso dubbio e chiarirne la natura.

È poi tanto più applicabile attualmente detta massima, per le disposizioni dell'articolo 2121 del Codice Civile, secondo le quali nella prescrizione di trent'anni non hanno luogo le cause di impedimento enunciate nel precedente art. 2120 riguardo al terzo possessore di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile.

Questa disposizione, che induce un'eccezione alla regola generale nei rapporti col terzo possessore, fu consigliata da alte considerazioni di stabilità dei dominii e di certezza dei diritti dei terzi. E potendo pertanto aversi in detti casi un possesso prescrittivo, può tanto più aversi un possesso giuridico, capace di autorizzare l'azione di manutenzione (1).

(1) N. 80.

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Distinzione dei beni — Diverse specie d'immobili.

SEZIONE PRIMA

Distinzione dei beni in generale.

84. La legge dopo aver dichiarato che tutte le cose, le quali posson formare oggetto di proprietà pubblica o privata, sono beni immobili o mobili, stabilisce che i beni immobili sono tali o per natura, o per destinazione, o per l'oggetto a cui si riferiscono (1).

Non parla di *cose o ragioni incorporali,* in quanto che nel senso giuridico esse acquistano l'essere di *beni,* uscendo dallo stato di astrazione per concretarsi in effetti reali ed in utilità effettive, cioè in possessi, godimenti o comodità, come, ad esempio, le servitù. Appartengono conseguentemente alla categoria dei beni immobili o mobili, secondo la diversa loro natura ed oggetto. Il legislatore, avendo considerato che la distinzione dei beni in mobili ed immobili soddisfaceva a tutte le esigenze dell'azione giuridica, abbandonò le antiche divisioni ed espresse il concetto delle cose suscettive di proprietà con una formola semplice ed amplissima, comprensiva di ogni sorta di diritti, e così non solo di quelli che rappresentano la proprietà assoluta ed esclusiva, ma anche dei diritti d'ordine inferiore, riflettenti il godimento e l'uso.

(1) *Cod. Civ.*, art. 406 e 407.

Digitized by Google

Nella relazione fatta in Senato dal senatore Deforesta si osservò a tale proposito che opportunamente il Codice non riprodusse la distinzione, espressa in alcuni dei Codici già vigenti, tra beni corporali e incorporali, fungibili e non fungibili, stimabili ed inestimabili; imperocchè codeste distinzioni, puramente scientifiche, andavano sempre a confondersi in una delle grandi categorie di beni mobili o immobili, dalle quali soltanto scaturiscono distinte e diverse conseguenze giuridiche.

SEZIONE SECONDA

Beni immobili per loro natura.

---

85. Sono immobili per loro natura i terreni, le fabbriche, i mulini ed altri edifizi fissi su pilastri, formanti parte di una fabbrica; e così pure i mulini, i bagni e tutti gli altri edifizi galleggianti, ove siano e debbano essere con corde o catene saldamente attaccati a una riva e su questa trovisi una fabbrica espressamente destinata al loro servizio. I detti mulini, bagni ed altri edifizi galleggianti si considerano come formanti una cosa sola con la fabbrica loro destinata, e col diritto che ha il proprietario di tenerli anche sopra acque non sue. Sono parimenti immobili gli alberi finchè non vengono atterrati; e così pure i frutti della terra e degli alberi non per anco raccolti o separati dal suolo, solo diventando mobili a misura che sono raccolti o separati dal suolo, quantunque non sieno trasportati altrove, salvo che la legge disponga altrimenti. Sono, infine, immobili le sorgenti, i serbatoi ed i corsi d'acqua, non che i canali che deducono le acque in un edifizio o fondo, facendo parte dell'edifizio o del fondo, a cui le acque devono servire (1).

86. Malgrado la chiarezza delle disposizioni della legge possono, in pratica, sorgere dubbi e questioni nell'applicazione. — E giova indicarne alcune, che possono servire di norma e di schiarimento ad altre, relativamente alle azioni possessorie.

(1) Articoli 408, 409, 410, 411, 412 *Cod. Civ.*

Digitized by Google

Una costruzione può essere fatta in modo transitorio o temporaneo, ed essere destinata alla demolizione. — Ciò avviene spesso per opera di appaltatori, che costruiscono tettoie, con fondamenta nel suolo onde ricoverare materiali, od altrimenti farle servire all'impresa. — Costoro, terminata l'opera loro affidata, devono demolirle. Ora dette tettoie debbonsi considerare per immobili a senso della legge?

Gli uni rispondono negativamente pel motivo, che gli edifizi divengono immobili, se fatti coll'intenzione che restino perpetuamente annessi al suolo, mentre, a vece, se l'unione non deve essere che temporanea, avuto riguardo al pensiero ed all'interesse dei costruttori, non vi hanno che materiali impiegati nella costruzione, e quindi null'altro che mobili.

Gli altri, a vece, sostengono che, sino a tanto che questi materiali non sono separati dal suolo e formano un tutto col fondo a cui sono inerenti, devono considerarsi immobili.

E quest'ultima opinione è generalmente adottata, come più conforme al concetto della legge, dovendosi l'edifizio considerare nella sua attualità. — Quando si dice *immobile per natura*, non s'indaga l'intenzione dell'uomo, non la destinazione della cosa, ma la condizione materiale dell'esistenza dell'edifizio. La qualità immobiliare essendo nella cosa stessa, non può dedursi da argomenti di intenzione e di destinazione.

Venendo un edifizio in parte o nella sua totalità demolito, i materiali, che se ne ricavano, riprendono la loro natura di mobili. Ma i materiali che, staccati momentaneamente per riparazioni, dovessero quindi esservi riposti, conserverebbero la qualità d'immobili col conservare la destinazione, di cui detta qualità non è che la conseguenza. *Ea quæ ex edificio detracta sunt, ut reponantur, edificii sunt* (1).

Nè a quest'opinione contraddice l'art. 420 del Codice Civile, il quale non si applica che all'ipotesi di una demolizione dello edifizio, e così ad un caso in cui non può più formarsi un'idea immobiliare di una cosa che, ridotta ad un ammasso di materiali, più non serba alcuna relazione con un fabbricato qualsiasi. Se ad un edifizio in gran parte esistente può, per una specie

(1) *Leg.* 17, § 10, *Dig., De act. em. vend.*

Digitized by Google

di finzione, attribuirsi qualche appendice, quasi cosa materialmente connessa o reclamata dallo stesso edifizio pel suo compimento e perfezione, cessa questa finzione di diritto, se non trova nella natura delle cose una corrispondenza, che valga a rappresentare un concetto veridico. Possono tali materiali adoperarsi alla costruzione di un nuovo edifizio; ma la loro natura di mobili non vien meno prima che si traduca in atto l'idea della nuova costruzione.

87. Accade pur talvolta che una casa ruini in parte per vetustà o per effetto d'incendio; e in tal caso i materiali che si staccano devono conservare la loro qualità d'immobili, finchè non appaia che il proprietario abbia abbandonata l'idea di riporli al loro posto, e così di ricostrurre la sua casa. Tali materiali in effetto mantengono ancora una relazione coll'edifizio e devono considerarsi come una cosa accessoria al medesimo.

E neanco nel caso della distruzione e ruina totale dell'edifizio per incendio, potrebbe trovare applicazione l'art. 420, il quale si riferisce ad una volontaria demolizione e non al fatto d'una forza maggiore o di un caso fortuito.

88. Circa ad edifizi sulle acque Duranton osserva che i mulini ad acqua e qualunque altra fabbrica, posta sopra un fiume non navigabile e non atto al trasporto, sono immobili per la regola: *Quod solo inædificatum est solo cedit,* e per la massima che i proprietari lungo i fiumi, non dipendenti dal demanio pubblico, si reputano proprietari del letto del fiume; dietro cui essi profittano dell'isola formata nel suo seno ed hanno il diritto di godere le acque coll'obbligo della restituzione al loro corso naturale, all'uscire dai loro fondi, affinchè possano eziandio goderne i proprietari inferiori. — Ritenuto quindi che il suolo dei fiumi navigabili appartiene allo Stato, osserva che, se il dubbio dovesse risolversi coi principii *dell'accessione,* l'edifizio non sarebbe immobile se non qualora appartenesse esso stesso allo stato, e sarebbe mobile se la costruzione si fosse fatta con permissione del Governo. Non è però con tali norme, aggiunge, ma con quelle che regolano il *diritto di superficie*, che la questione dev'essere decisa. Lo Stato, concedendo la facoltà di erigere la fabbrica, concede anche con ciò il diritto di superficie

Digitized by Google

sopra la parte del fiume, nella quale sarà stabilita. E questo diritto è appunto la facoltà di avere un edifizio sul suolo altrui, come sul proprio fondo, non ostante il principio: *Quod solo inædificatur, solo cedit;* il quale si spiega precisamente non secondo lo stretto diritto, ma *tuitione prætoris*. E siffatto diritto di avere come proprio un edifizio sul suolo altrui produce, durante la concessione, i vantaggi annessi alla piena proprietà; laonde le leggi romane, che ce lo trasmisero, considerarono il superficiario come padrone della superficie, e gli attribuivano conseguentemente, come all'enfiteuta, l'azione reale *(utilis)*, contro il terzo detentore; gli permettevano pure di stabilire nel fondo se non *ipso jure, saltem tuitione prætoris*, un diritto di servitù o di usufrutto, e di fare insomma tutto ciò che può fare il proprietario nei casi comuni. — E conchiude conseguentemente, doversi riguardare come immobili il mulino ed ogni altra fabbrica fissa sopra pilastri, benchè sopra un torrente dipendente dal demanio pubblico (1).

Borsari (2) osserva che se la sentenza, con cui Duranton chiude il suo discorso, è vera ed inappuntabile, la dimostrazione però non sembra superiore alla critica, sia perchè fa dipendere la mobilità o immobilità della costruzione da cause accidentali, quale sarebbe il permesso del Governo, il che non conviene col carattere proprio ed estrinseco della costruzione medesima; e sia perchè gli argomenti dedotti dal *gius superficiario* gli sembrano affatto fuor di luogo. Se per legge della locazione il conduttore, che fabbricava sul suolo del proprietario, poteva difendere l'opera sua coll'interdetto *De superficie* per l'utilità che vi si conteneva, avvegnacchè *Pro superficie* competessero eziandio delle azioni civili (Leg. 1, *De superf.*), era però stabilito che la proprietà dell'*ædis superficiariæ* appartenesse al proprietario del suolo (Leg. 2 eod.). Il rapporto di proprietà dell'edifizio e il giudizio sul carattere mobile o immobile dello stesso edifizio sono cose diverse e da tenersi distinte; e di non altro si discorre nelle citate leggi romane, se non a chi appartenga la proprietà; ritenuto in principio che l'edifizio è cosa immobile.

(1) N. 833 e seg.
(2) *Comm.*, art. 408, § 774.

Digitized by Google

L'illustre autore, accennate altre ragioni, conchiude: « è, insomma, immobile l'edifizio (e così diciamo del mulino od altri minori), quando è incorporato al suolo; ed è quello che si ricerca. Che eretto sopra il suolo dello Stato, e senza il suo permesso, diventi proprietà dello Stato, ne conveniamo; ma diventa tale per essere un immobile, laonde la questione della immobilità ha la precedenza. »

L'edifizio galleggiante diviene immobile per relazione alla fabbrica, cui si congiunga e serva nel modo espresso dallo art. 409. — Non toglie il carattere d'immobilità all'edifizio la circostanza che l'edifizio sia posto su acque altrui. — Sia il padrone del mulino anche proprietario delle acque, od abbia solo la facoltà di tenerlo su quelle acque per concessione altrui, l'edifizio natante diviene una cosa sola con detto diritto, da cui trae la condizione di sua esistenza giuridica.

Se poi questo edifizio fosse, per infuriare delle acque o del vento, strappato dai suoi cordami o catene e portato altrove, oppur fosse rimosso dalle acque per ristauri coll'animo di riporvelo, in tali casi trovano applicazione i principii già accennati anteriormente.

89. La legge dopo d'aver, per una ragione evidente, qualificati immobili le sorgenti, i serbatoi ed i corsi d'acqua, dichiara che i canali, i quali deducono le acque in un edifizio o fondo, sono pure immobili e fanno parte dell'edifizio o del fondo, a cui le acque devono servire (art. 412). Perciò chi acquista l'edifizio o fondo, acquista la proprietà del canale, anche senza farne menzione. — La legge parla naturalmente qui dei canali privati, sia che esistano sul terreno proprio di chi se ne serve, sia che esistano, per la derivazione delle acque, attraverso i fondi altrui, a termini degli articoli 598 e seguenti. — Il canale è una sua proprietà; e l'art. 412 riceve la sua piena applicazione per la sapiente disposizione che riunisce la proprietà del canale a quella dell'edifizio o fondo a cui serve, formando un tutto omogeneo. E la disposizione di tale articolo si applica eziandio a quegli altri canali o emissari, di cui parla l'art. 606, come a cosa accessoria, e che fa parte dell'edifizio o fondo, al cui proprietario è acquisita l'opera manufatta.

Digitized by Google

Ove poi, per permissione governativa (che sempre si suppone) si derivino le acque da fiumi, torrenti od altro che serva ad uso generale, si può aver pur sempre un possesso manutenibile, come quello che è fondato su di un diritto che, se non è di proprietà, lo è d'uso, e trattasi sempre di un diritto annesso all'edifizio o al fondo, a guisa d'una sua pertinenza inseparabile.

E questi diritti, che accrescono l'utilità e il valore del fondo o dell'edifizio, non essendo enti materiali e distinti, non occorreva tampoco che la legge ne facesse menzione nella classificazione dei beni immobili. E invero, codesta relazione di diritto è nella natura delle cose stesse ed è profondamente razionale.

SEZIONE TERZA

Immobili per la loro destinazione.

---

90. Son beni immobili per destinazione le cose, che il proprietario di un fondo vi ha posto per il servizio e la coltivazione del medesimo. — Tali sono:

Gli animali addetti alla coltura;

Gli stromenti rurali;

Il fieno e le sementi, somministrate agli affittuarii od ai mezzaiuoli;

La paglia, lo strame ed il concime;

I piccioni delle colombaie;

I conigli delle conigliere;

Gli alveari;

I pesci delle peschiere;

I torchi, le caldaie, i lambicchi, i tini e le botti;

Gli utensili necessari a fucine, cartiere, mulini ed altre fabbriche.

Sono parimenti immobili tutte le altre cose, dal proprietario consegnate all'affittuario od al mezzaiuolo per il servizio e la coltivazione del fondo. Gli animali consegnati dal proprietario del fondo all'affittuario od al mezzaiuolo per la coltivazione,

Digitized by Google

ancorchè siano stati stimati, si annoverano fra i beni immobili, sino a che in forza della convenzione restino addetti al fondo.

Invece gli animali, che il proprietario consegna a soccio o soccida ad altri, fuorchè all'affittuario od al mezzaiuolo, si reputano beni mobili.

Sono finalmente immobili per destinazione tutti gli oggetti mobili annessi dal proprietario ad un fondo, od edifizio per rimanervi stabilmente. Tali sono quelli che vi stanno attaccati con piombo, gesso, calce, stucco od altro, o che non se ne possono staccare senza rottura o deterioramento, o senza rompere o guastare la parte del fondo o dell'edifizio, a cui sono attaccati. Gli specchi, i quadri ed altri ornamenti si reputano stabilmente uniti all'edifizio, quando formano corpo col tavolato, colla parete o col soffitto. Le statue si reputano immobili, quando sono collocate in una nicchia formata per esse espressamente, o quando fanno parte di un edifizio nel modo sopra indicato (1).

91. Queste disposizioni di legge contengono due speciali e distinte forme di destinazione. L'una contempla le aggiunzioni nel puro rapporto intellettivo e morale; l'altra le aggiunzioni in un rapporto materiale ed estrinseco. — E queste destinazioni, essendo un'ampliazione ed estensione del diritto di proprietà e un nuovo modo della sua esistenza, devono sostanzialmente emanare dal proprietario (2).

Le cose mobili inoltre non diventano immobili per destinazione al servizio e corredo del fondo, se non sono acconcie a questa

(1) Articoli 413 e 414 *Cod. Civ.*

(2) Li citati articoli di legge sono inapplicabili al caso, in cui gli oggetti furono annessi al fondo non dal proprietario, ma da altre persone, quali sarebbero l'usufruttuario o il fittaiuolo, dovendosi considerare precaria e temporanea questa annessione, salvo che l'usufruttuario od il fittaiuolo, così operando, adempiano ad una obbligazione loro imposta dalla legge o dalla convenzione. — I pali alle viti, per esempio, non cessano di essere riputati immobili, perchè posti da un fittaiuolo od usufruttuario. DURANTON, IV, 59; POTHIER, *Della Comm.*, n° 37 e 38. — Vedasi del resto circa all'affittuario quanto si osserva più avanti nel testo.

Altri opinano estendersi dette disposizioni di legge agli oggetti inerenti al fondo per opera dell'usufruttuario e anche dell'enfiteuta, come quelli che rappresentano il proprietario nei limiti dei loro diritti reali.

Il giudicio dipende però sempre dalla natura e scopo dell'annessione.

Digitized by Google

loro destinazione. — E ne consegue che cessa la loro destinazione e la loro qualità immobiliare, quando si rendono inservibili o non più confacenti allo scopo; o quando per volontà del proprietario si opera una trasformazione nella sostanza o nell'uso del fondo, o si dà una diversa destinazione agli oggetti. — Il fatto naturalmente più semplice, più ordinario, più esplicativo della volontà del proprietario di separare dal fondo le cose unite per destinazione, è quello di rimuoverle e trasportarle fuori del fondo stesso, unendole ad altri beni, od altrimente disponendone.

E rispetto, in ispecie, alla destinazione materiale degli oggetti, a cui si riferisce l'art. 414, è evidente che, staccandoli dal muro cui si erano annessi, si manifesta in modo non dubbio l'animo di cambiarne la destinazione.

Il locatario non ha il potere della destinazione, che è un atto volontario del proprietario. — La congiunzione di cose sue proprie col fondo che tiene in affitto s'intende fatta a tempo; e se, al cessare della locazione, le abbandona al proprietario, compie un atto di tacita donazione o cessione. — Vi sono però fatti, che per la loro natura e manifestazione si considerano aggiunti perpetuamente al fondo, come sarebbe l'escavazione di un pozzo, la formazione di una scala e simili. — Sono cose incorporate al fondo; e l'affittuario non può, al finire della locazione, distruggerle per togliersi i materiali. — Potrebbe solo nascervi questione tra il locatore e l'affittuario nel senso dell'art. 450 del Codice Civile.

92. Elevossi una assai controversa questione circa agli utensili necessari a fucine, cartiere, mulini ed altre fabbriche, se vi sono posti dal conduttore. — La legge (1), dicono alcuni, nello stabilire questa forma di diritto, esordisce col principio *della destinazione del proprietario;* perciò li utensili divengono immobili, se posti dal proprietario, e non sono che mobili, se postivi dal conduttore (2). Questa teoria è combattuta da Borsari (3), secondo il quale gli utensili non sono *gli accessorii*

(1) Art. 413.
(2) Duranton, n° 875.
(3) *Cit. loc.*, § 797.

Digitized by Google

o il *complemento dell'immobile,* ma mezzi manuali del lavoro, che concorrono coll'edifizio al fine della fabbricazione, non dovendosi considerare nell'edifizio, nelle sue costruzioni e nei suoi meccanismi che *un mezzo* od un istrumento per attuare l'opera industriale. — E paragonando il periodo, con cui l'articolo 413 parla di detti utensili, col periodo susseguente circa alle cose dal proprietario consegnate all'affittuario, osserva che il proprietario del suolo può dare all'affittuario gli animali e gli attrezzi per fornire il fondo, ma non gli utensili e gli strumenti e molto meno l'idea creatrice di uno stabilimento industriale. Aggiunge che il concetto primitivo della destinazione, atto a dare il carattere legale a questa specie di immobilità fittizia, esiste; giacchè, se il proprietario costrusse un edifizio all'oggetto di un determinato stabilimento industriale, lo ha già destinato a quell'uso. Esiste ancora, egli dice, la destinazione del proprietario, qualora converta ad uso di fabbrica un edifizio costruito ad altro scopo. — Il proprietario aderisce, si associa in questo intendimento coll'intraprenditore, lo abilita a sviluppare i suoi mezzi nella circonferenza del proprio edifizio. E in tal guisa si adempie lo scopo della legge, senza alterare il principio.

Riconosce l'egregio scrittore che la sua proposizione può essere contesa dalla critica; giacchè in simili disputazioni possono essere diverse le opinioni, ma esprime la convinzione di compiere un dovere, esponendo idee studiate e sincere, e conclude colla massima che « Consegnato dal proprietario un edifizio all'in-« dustria, che vi erige una fabbrica, gli utensili a quella ne-« cessari sono immobilizzati, eziandio che l'edifizio non sia in « dominio del fabbricatore. »

93. Premesse le accennate disposizioni di legge e gli svolti principii, ne viene, essere agevole di conoscere i casi, in cui il possessore di un fondo od edifizio può chiedere la manutenzione in possesso non soltanto del fondo od edifizio, ma dei mobili che per la loro destinazione sono riputati immobili. — In tali casi il possessore, che ne è spogliato, non è costretto, come per li mobili propriamente detti, all'azione di rivendicazione, azione petitoria che impone a chi la intenta l'obbligo di provare la sua proprietà, potendo prendere la via della manu-

Digitized by Google

tenzione, in cui gli basta la prova del legittimo possesso oltreannale (1). — Vi furono però oppositori a questa regola generale, massime rispetto alla destinazione intenzionale, di cui nel seguente numero. — Ma l'art. 694 accennando agl'immobili in generale; senza riserva o distinzione, non si presta alla teoria degli oppositori, neanco in ordine a quest'ultima destinazione.

94. Quanto agli oggetti annessi dal proprietario ad un fondo per rimanervi perpetuamente, è fuori di dubbio che il possessore oltreannale del fondo può chiederne la manutenzione in possesso, ed il giudice la deve pronunciare, dopo di avere verificato, se gli oggetti hanno col fondo l'aderenza, che loro attribuisce la qualità d'immobili; poichè quegli che distrugge, o toglie tali oggetti, che sono uniti al fondo con calce, piombo, o non possono staccarsi senza rottura, o deteriorazione, porta un reale turbamento al possessore nel godimento del suo fondo, di cui essi fanno parte essenziale, componendone un sol tutto.

Ma trattandosi di oggetti che non abbiano una reale aderenza al fondo, ma siano solo destinati per il servizio e per la coltivazione del medesimo, come gli strumenti aratorii, il fieno, le sementi e simili, pare a primo aspetto doversi dire altrimente.

Si potrebbe in effetto oggettare, che tutte queste cose non divengono immobili, che per l'effetto di un'intenzione, o d'una convenzione spesso ignorata dai terzi, e che non può aver effetto a loro riguardo; poichè la finzione legale non li risguarda, ed essi non devono vedere che la natura reale delle cose. È altronde impossibile di farsi mantenere nel possesso di un istrumento aratorio, di un piccione della colombaia, e di simili cose, che possono essere distrutte o passate in parecchie mani.

A questa oggezione si può rispondere che il detentore possiede piuttosto un fondo provvisto degli strumenti aratorii, di fieno e simili, e che gli è meno nel possesso di questi oggetti mobiliari che chiede di essere mantenuto, quanto in quello del fondo, di cui tali oggetti formano parte necessaria, essendo destinati al servizio della coltivazione, e costituendo il dominio rurale, che senza di essi potrebbe divenire inutile e negletto. Sono le differenti parti di un sol tutto; e l'accessorio è della

(1) Henrion de Pansey, pag. 422 e 423.

Digitized by Google

stessa natura del principale, di cui segue la sorte, giusta la massima: *Accessorium sequitur vicem rei principalis.*

Il possessore di questi accessorii, quando sono uniti alla cosa che possiede da oltre un anno, domanderà adunque la manutenzione in possesso della cosa immobile e degli oggetti, che ne fanno parte (1).

Certo quest'azione non sarà che raramente intentata; poichè ordinariamente l'autore della distruzione, o del furto non eleva alcuna pretensione alla proprietà, nè al possesso del rimanente dell'immobile; e una domanda pei danni ed interessi, sia in via civile che penale soddisfa pienamente il proprietario. — Ma egli non è men certo che il possessore ha la facoltà di scegliere l'azione possessoria; e che il giudice debb'accoglierne la domanda, salvo il convenuto dichiari dinanzi a lui di non avere alcuna pretensione alla proprietà, nè al possesso sia dell'immobile, sia dell'oggetto particolare che ne fu distratto.

95. Ma se l'affittuario, o qualunque altro, che abbia alcuno di tali oggetti tolto via, lo vendette, e rimise in seguito ad un terzo, l'azione possessoria potrebbe egli intentarsi contro di costui?

È cosa certa che l'azione di manutenzione può essere intentata contro il terzo che abbia acquistato un immobile da uno che non lo ritenesse che in seguito ad un turbamento, o via di fatto (2).

Ma il Codice Civile, relativamente ai mobili, ha delle disposizioni importanti, che giova di aver sott'occhio.

« I colombi, conigli, pesci, che passano ad un'altra colombaia, conigliera, o peschiera, si acquistano dal proprietario di queste quando non vi sieno stati attirati con arte o frode (3).

(1) GARNIER, pag. 87.

(2) *Arg.* art. 439 *Cod. Civ.* È data all'attore in giudizio possessorio l'azione alternativa. — Ma può essere generalmente più utile agire ad un tempo contro il turbatore e contro il terzo detentore. — Il primo è tenuto a ricuperare la cosa per la effettuazione della manutenzione in possesso dell'attore; ma non essendo in poter suo, ove il terzo non consenta di ciò eseguire, si convertirebbe l'azione in risarcimento dei danni, salvo ad agire contro il terzo. È perciò più consentaneo all'interesse di chi agisce in possessorio di evocare in causa, oltre al perturbatore risponsabile del suo illecito fatto, il terzo detentore, onde l'azione possessoria consegua senz'altro il suo fine.

(3) Art. 462.

Digitized by Google

« Riguardo ai mobili il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo. Ciò non ostante colui, cui fu derubata alcuna cosa o che l'abbia perduta, può ripeterla da quello presso cui la trova, salvo a questo il regresso per l'indennità contro colui dal quale l'ha ricevuta (1).

« Se però l'attuale possessore della cosa sottratta o smarrita l'ha comprata in una fiera o mercato, ovvero all'occasione di una vendita pubblica, o da un mercante che faccia pubblico spaccio di simili oggetti, il proprietario non può ottenere la restituzione della cosa sua, se non rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata (2). »

96. Queste disposizioni della legge si applicano esse a tutte le cose mobili senza distinzione, oppure solamente a quelle non divenute immobili per destinazione? Sembra non doversi tanto oltre sospingere la conseguenza di questa finzione della legge, che rende immobili le cose mobili, avuto riguardo alla loro destinazione, da sottrarle all'impero delle regole stabilite dalle riferite disposizioni. Esse non sono immobili se non perchè si considerano come unite al fondo, ed a cagione della loro correlazione collo istesso fondo. Che la cosa abbia il carattere d'immobile tra il proprietario e l'affittuario, ed a riguardo di tutti quelli che conoscano la convenzione ed il fatto che la rendono tale, e che quegli che s'introduce in un edificio ed involi, per esempio, uno specchio, i cui telari formavano corpo col rimanente del tavolato, sia considerato come un perturbatore al godimento dell'immobile, nulla di più ragionevole; poichè al momento della via di fatto la cosa ha questo carattere. Ma, a riguardo dei terzi, essa non è e non può essere che un mobile; poichè essa è tale per sua natura, e la sua destinazione è distrutta.

97. Il legislatore ha conosciuta la necessità di consacrare alcune disposizioni particolari sui mobili. Essi passano rapidamente da una mano all'altra senza contratto; senza che le parti, che se li trasmettono, si conoscano. Per lo più si termina il tutto in un momento: l'uno rimette, e l'altro paga. Ove sarebbe il commercio, se si potesse, con eccezioni puramente legali, di cui

(1) *Cod. Civ.*, art. 708.
(2) *Cod. Civ.*, art. 709.

Digitized by Google

nulla ne indica l'applicazione a questo o a quel mobile, annientare una compra consumata per la tradizione ed il pagamento?

La legge ha fatta un' eccezione pel caso di furto o di perdita della cosa; ma questa eccezione, che la morale e l'equità giustificano egualmente, debb'essere ristretta a' suoi precisi termini.

La sola azione, che presta la legge, è la rivendicazione dal giorno della perdita, o del furto. Una semplice azione possessoria non è una rivendicazione; e non vi potrebbe supplire. Se si potesse ammetterla, la legge sarebbe delusa.

Tuttavia gli esposti principii cesserebbero d'essere applicabili se il terzo fosse di mala fede, e conoscesse il carattere immobiliare della cosa. La frode, in effetto, fa eccezione a tutte le regole. E lo stesso si dovrebbe dire, quand'anche la cosa fosse stata comprata in una fiera o mercato, all'occasione di una vendita pubblica, o da un mercante venditore di simili cose (1).

SEZIONE QUARTA

Beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono.

Osservazioni generali.

---

98. Secondo il diritto romano i diritti e le azioni formavano, con apposita denominazione di cose incorporali, una terza specie di beni, oltre le due relative agl'immobili ed ai mobili (2), come di cose che non cadevano sotto i sensi, *quæ fungi non possunt, neque teneri.*

Il Fabro scriveva: *Jura et actiones tertiam bonorum speciem constituunt a duabus aliis differentem... quamvis non desint qui putent bonis mobilibus adnumeranda jura, si competant ad rem mobilem, aut immobilibus si ad immobilem* (3).

(1) Così ha giudicato la *Corte di Cassazione francese*, sezione criminale, con decisione delli 26 novembre 1825; GARNIER, pag. 88 e 89.

(2) *Leg.* 7, § 4, *Dig., De pecul.*; Leg. 1, *Dig., De div. rer.*; FABRO, *Cod.* 1, VII, tit. 7, def. 19, n° 1.

(3) FABRO, *Cod.*, 1, VIII, t. 6, def. 14.

Digitized by Google

Pothier dava poi per assioma ricevuto in giurisprudenza, che *Actio ad mobile est mobilis; actio ad immobile est immobilis* (1).

E a questo assioma è informata la disposizione dell'art. 415 del Codice italiano, il quale considera immobili per l'oggetto a cui si riferiscono:

1° I diritti del concedente e quelli dell'enfiteuta sui fondi soggetti ad enfiteusi;

2° Il diritto di usufrutto e d'uso sulle cose immobili, e quello di abitazione;

3° Le servitù prediali;

4° Le azioni che tendono a ricuperare immobili, o diritti ad essi relativi (2).

La legge assegnando un carattere immobiliare a certi diritti, avuto riguardo al loro oggetto, non mutò la natura delle cose, ma fece discendere i diritti dal loro stato ideale e d'astrazione nell'ordine dei fatti. E diversamente dagli altri casi, nei quali si diede un carattere giuridico alla materia, si riconcentrò, per rapporto a questo, l'idea giuridica nelle cose materiali, o, per meglio dire, nel proprio oggetto. Si semplificò per tal modo, come venne già osservato, la qualificazione dei beni, ridotti alle due sole categorie di mobili e d'immobili, sotto le quali si rassegnarono le disposizioni che reggono una quantità di fatti giuridici, che secondo la diversa loro natura ed oggetto assumono qualità, significati ed applicazioni diverse.

L'art. 415 contiene pertanto due forme sostanziali di diritti, di quelli cioè che costituiscono i beni ritenuti nel nostro patrimonio, e di quelli che sotto forma di azione riguardano beni da conseguirsi.

E, facendo precedere alcune considerazioni su questi ultimi, osservasi che essi si traducono e concretano nell'azione, che tende a ricuperare immobili o diritti ad essi relativi. Questa

(1) *Delle cose*, p. II, § 2; e *Della comunione*, n° 67.

(2) Il *Cod. Civ. franc.*, all'art. 526, non annoverava fra gl'immobili l'enfiteusi, non esistendo nel Codice simile istituzione; e non vi annoverava neanco li diritti d'uso delle cose immobili e di abitazione, ma solamente l'usufrutto. — Non era però la disposizione di detto articolo giudicata assoluta ed esclusiva dei diritti d'uso e d'abitazione. (ZACHARIAE, t. I, § 171, not.; DURANTON, t. II, pag. 267 e 271).

Digitized by Google

azione, qualificata dal suo fine, diventa immobile per l'oggetto a cui tende. Nello stesso diritto romano, che accanto alle cose corporali poneva le cose incorporali, *quæ in jure consistunt*, trovasi scritto: *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. (1).

99. Ma quest'azione, immobile per rapporto al suo oggetto, può essa dar luogo ad un giudizio possessorio?

I diritti reali si posseggono; ma per essere materia di azione possessoria devono presentarsi come un fatto esteriore suscettibile d'apprensione. La legge considerò, è vero, come immobili pel loro oggetto le azioni tendenti a ricuperare immobili o diritti ad essi relativi, separandole dalla categoria dei mobili, di cui all'art. 418; ma, sebbene parificate agl'immobili, queste azioni consistono in una specie di stato di aspirazione, prima di essere tradotte in atto e così realizzate nel loro proprio oggetto. E se quindi esse possono far luogo alla prescrizione, non possono mai formare oggetto dell'azione possessoria.

Carrè (2) esprime pure a questo proposito in modo assoluto l'opinione, che non vi ha caso alcuno, in cui siffatte azioni possano dar luogo ad un giudizio possessorio. Il carattere principale del possesso, egli dice, da cui potrebbero derivare queste azioni, è di essere pubblico; e certo nissuna pubblicità vi ha nel possesso di semplici azioni. Quale sarà perciò il genere di turbamento recato rispetto ad un'azione? Non potrà al certo essere una molestia di fatto; ma tutto al più una molestia di diritto derivante, per esempio, da ciò che una persona diversa da quella, a cui appartiene l'azione, la intenti nel suo proprio interesse, e come di cosa che le appartenga. Ma, in tal caso, spetterebbe a colui che pretendesse competergli realmente l'azione, di intervenire in giudizio per rivendicare le proprie ra-

(1) *Leg.* 15, *Dig.*, *De reg. jur.*

(2) N. 1423. — Vi sono anche azioni, che, sebbene abbiano un rapporto ad immobili, non sono reali. *La Corte di Cassazione di Torino*, con sentenza 18 aprile 1872, osservando non potersi invocare i rimedi possessorii a tutela di diritti, che non abbiano carattere di veri diritti reali, ritenne non essere tale il diritto di amministrare un Santuario; e doversi in tal caso agire senz'altro in petitorio, ove spetta ai giudici del merito la facoltà di provvedimenti interinali. *Giur. ital.*, vol. XXIV, 1, 259.

Digitized by Google

gioni. Ed, in ogni caso, queste sue ragioni non potrebbero pericolare, quand'anche non intervenisse; poichè, come proprietario dell'azione, non gli si potrebbe mai opporre l'autorità della cosa giudicata, giusta il principio di diritto, che *res inter alios acta tertio non nocet.*

Oggetto, a vece, dell'azione possessoria possono essere gli altri diritti reali avanti accennati, dei quali si tratterà nel seguente capo terzo.

Digitized by Google

CAPO TERZO

Diritti reali che possono formare oggetto dell'azione di manutenzione.

SEZIONE PRIMA

Enfiteusi, Usufrutto, Diritto d'uso e d'abitazione.

---

100. La legge assegnando un carattere immobiliare a certi diritti reali, pel loro oggetto, procede secondo i dettati della logica giuridica; giacchè la proprietà, che nel suo più ampio significato comprende tutti i diritti che la costituiscono, si fraziona spesse volte e si distribuisce a più partecipanti, in varii e molteplici modi.

Nell'enfiteusi (1), riassunta dal Codice italiano nei più semplici suoi termini, la proprietà si divide in due parti, di cui l'una sotto forma puramente rappresentativa, l'altra con caratteri esteriori, nel possesso e nel godimento. E la legge, considerando queste due giuridiche posizioni sotto un aspetto proprio e distinto, dichiara essere immobili per l'oggetto tanto il diritto del concedente, quanto quello dell'enfiteuta. Sono due proprietà, che nella loro rispettiva sfera sussistono l'una accanto all'altra, senza contrasto.

Il concedente e l'enfiteuta godono, di fatti, della loro proprietà in modo affatto distinto, e non si succedono, come avviene tra

(1) L'enfiteusi, formolata dal diritto romano e corrotta dal feudalismo, venne emendata e resa consentanea alle condizioni dell'attuale società. — Divenne un contratto, che non ha nulla di forzato e di eccezionale, essendo fondato in razionali elementi giuridici.

Digitized by Google

il proprietario e l'usufruttuario; essendo la ragione dell'enfiteuta non punto personale, ma trasmissibile ed ereditaria.

E come può colla prescrizione trentennaria acquistarsi tanto il dominio diretto, che il dominio utile, così l'azione possessoria compete ad amendue i possessori, ove turbati nel loro rispettivo possesso. L'enfiteuta, avendo come sovra un diritto reale ed un possesso tutto suo proprio, può perciò agire persino in via possessoria contro il padrone diretto per turbativa al possesso del dominio utile del fondo enfiteutico, arrecatagli da quest'ultimo (1).

Nell'usufrutto vi ha eziandio una divisione tra la nuda proprietà e l'utile dominio. — I Romani lo consideravano come una servitù personale, per la ragione che comprendesse un diritto personale, anzichè un rapporto di dipendenza e di servigio di un predio a favore di un altro predio. — Presso di noi, per contro, l'usufrutto non è una servitù nè personale nè reale, non considerandosi come una qualità passiva inerente alla stessa proprietà, ma piuttosto come un'affezione del fondo, come un diritto che modificando la proprietà ne costituisce una nuova, smembrata dalla prima.

Venne perciò nel diritto moderno abbandonata l'idea della servitù, per costituire un diritto proprio e distinto, fondato nella proprietà come vera *pars dominii*, la quale sussiste da sè, ed è capace d'ipoteca (2).

L'usufruttuario pertanto possiede e gode per autorità propria; e la misura di questo godimento è determinata in modo esplicito e chiaro dalla legge colle parole: *nel modo che ne godrebbe il proprietario*, col solo obbligo di conservare la sostanza nella materia e nella forma. — Ha perciò l'usufruttuario una ragione propria di dominio ed anche indipendente, salvo i suoi naturali rapporti colla proprietà.

101. Ciò premesso, si ritiene che in caso di turbamento l'azione possessoria può essere intentata tanto dal proprietario che dallo usufruttuario, avendone ciascuno l'interesse ed il diritto, e nei rispettivi limiti il possesso.

Questa soluzione non è, per riguardo al nudo proprietario,

(1) *Cassazione di Napoli*, 20 marzo 1869; *Giur. ital.*, vol. XXI, 1, 190.
(2) Art. 1967 del *Cod. Civ.*

Digitized by Google

oggetto di alcuna difficoltà. In effetto, egli ha indubbiamente tutto l'interesse di agire, al fine di evitare la perdita del possesso ed anche della proprietà per la prescrizione, che potrebbero opporre i terzi, che avessero realmente goduto della cosa; epperciò può chiedere la manutenzione in possesso della sua proprietà, per poterne poi aver il godimento, spirato l'usufrutto.

Ed è non meno evidente il di lui diritto; poichè, quantunque egli non perceva i frutti della cosa, la possede tuttavia col ministero dell'usufruttuario, come chiaramente lo dimostra il senso dell'art. 2115 del Codice Civile. Aggiungasi che l'art. 511, obbligando l'usufruttuario a denunciare al proprietario le usurpazioni dei terzi, suppone necessariamente il diritto nel proprietario d'intentare l'azione possessoria; altrimente senza scopo riescirebbe cotesta disposizione.

Il diritto poi dell'usufruttuario di promuovere quest'azione non può neanco porsi in dubbio, benchè da alcuni sia contestato; essendo l'usufrutto, come sovra, una parte della proprietà, *pars dominii*.

L'usufruttuario ed il proprietario sono come due associati nel dominio della medesima cosa: imperocchè questo dominio non ispetta intieramente nè all'uno nè all'altro, e non appartiene che a tutti due.

L'usufruttuario pertanto, turbato nel suo usufrutto, ha la via aperta all'azione di manutenzione, come possessore di un diritto reale (1), che gli schiude l'adito a tutte le azioni necessarie a mantenerlo nel suo godimento. Egli deve avere ed ha la stessa azione che compete al proprietario, come effetto della sua qualità e del suo diritto (2), essendo l'usufrutto per disposizione espressa della legge considerato, come si osservò, qual parte della proprietà. L'art. 2115 non reputa l'usufruttuario detentore precario che relativamente al proprietario; il suo unico oggetto è d'impedire di prescrivere la nuda proprietà, finchè il titolo non è mutato: ma non è applicabile alle relazioni dell'usufruttuario

(1) VINNIO, nelle sue institut., § 5, tit. *De interd.*, dice che l'usufruttuario *propter jus, quod in re habet, in interdictis uti possidetis, et unde vi, pro possessore habetur.*

(2) BOURJON, *Droit comun de la France*, tom. II, chap. *De la complainte*, sect. 3.

Digitized by Google

coi terzi. Può adunque l'usufruttuario intentare contro costoro l'azione possessoria, poichè per una parte i fatti, che vi danno luogo, recano pregiudicio al suo possesso; e per l'altra egli gode della cosa e di tutte le servitù, diritti e vantaggi attaccativi, come il proprietario medesimo (1); quali cose e diritti deve anche conservare al proprietario. Ed infine l'art. 510 lo dichiara tenuto per le spese delle liti concernenti l'usufrutto; e, quando la lite riguarda sì la proprietà che l'usufrutto, lo dice tenuto insieme al proprietario, ciascuno in proporzione del rispettivo interesse.

Dietro la disposizione poi dell'art. 511, che obbliga l'usufruttuario a denunciare le usurpazioni al proprietario, non bisognerebbe certo conchiudere che questi soltanto abbia la ragione di agire. Ma ne viene, a vece, che questa ragione appartiene sì all'uno che all'altro, e che il legislatore ha voluto mettere il proprietario nel caso di poter esercire l'azione che gli compete, quando l'usufruttuario non giudichi a proposito d'intentarla egli stesso.

Ne viene anche, secondo lo spirito di questa disposizione, che il proprietario non può obbligare l'usufruttuario a intentare l'azione possessoria, od a difendersi; ma vi sarebbe solo luogo al soddisfacimento dei danni, di cui è risponsabile, quando non ne denunciasse l'usurpazione al proprietario. E questo costringimento sarebbe anche contrario ai principii del diritto comune, secondo i quali nessuna persona può essere costretta ad agire.

Può però accadere che al solo usufruttuario spetti l'azione possessoria, quando, cioè, la molestia non miri alla proprietà, ma solo all'usufrutto, e turbi l'attualità del relativo possesso, ossia l'esercizio del diritto di usufrutto. — In tal caso, essendo unicamente impegnato l'interesse dell'usufruttuario, il proprietario non sarebbe tenuto ad alcuna difesa o garanzia.

E vuolsi anche osservare che, malgrado le disposizioni degli articoli 496 e 497, l'usufruttuario può intentare l'azione di manutenzione avanti di aver fatto procedere alle testimoniali dello stato degl'immobili, e prestato la prescritta cauzione. Di fatti, egli ne è realmente in possesso dal giorno in cui l'usufrutto

(1) *Cod. Civ.*, art. 477, 479, 494.

Digitized by Google

si aperse; poichè i frutti gli sono dovuti da questo momento, come si evince dall'art. 500. La maniera sola del godimento è limitata sino al compimento di dette formalità, che non hanno per iscopo che la conservazione della cosa.

Ed infine si osserva essere l'usufruttuario in diritto di esercitare l'azione possessoria contro lo stesso proprietario, che lo turbi nel suo godimento. Invano gli si opporrebbe che la legge lo considera come possessore precario relativamente al proprietario; poichè egli non è tale, che per l'acquisto della nuda proprietà, e non può considerarsi detentore precario per riguardo all'usufrutto (1).

102. Il diritto d'uso poi partecipa in più guise dell'usufrutto, ma se ne diparte nell'oggetto e nella estensione, consistendo in un godimento limitato ai bisogni personali (2).

È perciò qualche cosa di meno dell'usufrutto, il quale comprende tutte le utilità reali del fondo; e non gli spetta neanco la qualificazione di dominio, conservando anzi l'antico suo carattere di servitù. E questo diritto d'uso può persino comprendersi nell'usufrutto, di cui sarebbe una diminuzione. — È, in sostanza, una ragione personale, la quale *adhæret* a una cosa particolare; o, in altri termini un diritto reale, che ha per soggetto una determinata persona e per oggetto un bene reale ed un fine determinato. Per rispetto però all'azione è un vero diritto immobiliare, se costituito sopra un immobile; e attribuisce conseguentemente li rimedi opportuni alla conservazione e reintegrazione del possesso, e così l'azione possessoria.

Lo stesso dicasi del diritto di *abitazione;* malgrado differisca da quello di *uso,* nel senso che l'uso di un fondo può esistere senza il possesso materiale dell'usuario, e che il diritto di abitazione non può separarsi dal possesso personale, necessario al suo esercizio. E invero, per l'uso poco importa che l'usuario raccolga e percepisca per sè o col mezzo d'altri i frutti; mentre, a vece, l'abitazione non può godersi che colla personale dimora, non punto per via di rappresentante (3).

(1) DURANTON, tom. IV, n. 502.

(2) *Fructui usus inest, usufructus deest: et fructus sine usu esse non potest, usus sine fructu esse potest.* — *Leg.* 14, § 1, *Dig., De usu et habit.*

(3) Art. 521, 522 e seg. *Cod. Civ.*

V. anche n. 61, 62, 63, 64, 65 e 66.

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

Servitù. — Considerazioni generali. — Loro natura, divisione ed effetti.

---

§ I.

103. Per farsi un concetto del principio filosofico, a cui si informa il sistema delle servitù prediali, vuolsi considerare il dominio delle cose non in modo isolato e nei soli parziali rapporti delle cose coi singoli possessori, ma considerare a vece i diversi possessori nello stato di convivenza sociale e di contiguità dei possessi. Nasce allora l'idea della necessità di *temperamenti*, che limitino il concetto troppo assoluto della proprietà individuale, e soddisfacciano a generali esigenze e positive utilità. La libertà stessa individuale resta per tal guisa ampliata pel ricambio di scambievoli uffizi, per l'accrescimento delle singole forze e dei vantaggi, che se ne ricavano. E da questi principii emerge appunto tutto il sistema delle servitù prediali, che si presenta come una necessità nell'ordine, nel movimento, nella stessa economia politica delle civili società, anzichè come cosa accessoria e fattizia, creata dalla legge (1).

L'art. 531 del Codice Civile definisce la servitù un peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario. È perciò un diritto reale, che compete sopra un immobile indipendentemente da ogni rapporto colla persona. — E la legge richiede tre condizioni, cioè l'esistenza di due fondi, dei quali l'uno è affetto a servizio e l'altro autorizzato a riceverlo; l'esistenza di due proprietari differenti, *nulli enim res sua servit* (2); e infine il soggetto e la causa della servitù, vale a dire l'uso e l'utilità del fondo che ne gode.

Il diritto di servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne, e quindi il padrone del fondo dominante può esercitare

(1) Romagnosi, *Condotta delle acque*, par. I, lib. II, cap. I, Sez. 9.
(2) *Leg.* 26, *Dig.*, *De servit. præd. rust.*

Digitized by Google

il suo diritto in tutta quella estensione, che la natura e lo scopo della servitù designano, senza però estenderla al di là di ciò che esiga l'utilità del suo fondo, e sempre a norma del suo titolo o del suo possesso. Nel dubbio poi circa l'estensione della servitù deve limitarsene l'esercizio a ciò che è necessario per la destinazione ed il conveniente uso del fondo dominante col minor danno del fondo servente (1).

La servitù essendo indivisibile *per partes imponi non potest, nec acquiri* (2), e una logica conseguenza di questo principio sono gli articoli 644, 671 e 672 del Codice Civile. — Considerata però nella sua utilità e nel suo modo speciale di essere, la servitù è dividua. Così quando il fondo, a cui vantaggio fu stabilita una servitù, viene diviso, la servitù è dovuta a ciascuna porzione, senza che però si renda più gravosa la condizione del fondo servente, giusta il citato art. 644. E la legge spiega ancor meglio il suo concetto coll'esempio di un diritto di passaggio, da usarsi nello stesso modo da ciascun proprietario di una porzione del fondo dominante (3).

§ II.

104. Per classificare le servitù si considera la loro origine. Difatti la natura stessa ha determinate le servitù, che derivano dalle situazioni dei luoghi; le leggi fissarono quelle che l'interesse pubblico od il dovere di vicinanza obbligano tutti a rispettivamente sopportare; e le altre, nascendo dai bisogni e dalle convenienze reciproche, sono costituite dalla volontà dei proprietari.

Il Codice Civile Albertino e gli altri Codici già in vigore nelle diverse parti d'Italia, imitando il Codice francese, avevano annoverato tre fonti di servitù prediali: *La situazione naturale dei luoghi, la legge ed il fatto dell'uomo.* — Il Codice italiano ne

(1) Art. 639, 645, 646, 647 del *Cod. Civ.*
(2) *Leg.* 17, *Dig.*, *De servit.*; *Leg.* 23, § ult. *Dig.*; *De servit. præd. rust.*
(3) *V.* anche la *Leg.* 17, *Dig. De servit.*

Digitized by Google

fece la riduzione a due, *alla legge* ed al *fatto dell'uomo* (1); considerando, essere la situazione dei luoghi un'occasione anzi che un fonte di servitù. — Sono rapporti necessari imposti dalla natura, e la legge non fa che dichiararli.

Le servitù stabilite dalla legge hanno per oggetto l'utilità pubblica o privata: le prime riguardano il corso delle acque, i marciapiedi lungo i fiumi e canali navigabili od atti al trasporto, la costruzione o riparazione delle strade ed altre opere pubbliche. — Tutto ciò che concerne questa specie di servitù viene determinato da leggi o da regolamenti speciali (2).

Le servitù, che la legge impone per utilità privata, sono determinate dalle leggi e dai regolamenti sulla polizia campestre e dalla sezione 1ª, cap. 2°, tit. 3°, lib. 2° del Codice Civile (3); e sono le servitù che derivano dalla situazione dei luoghi, quelle dei muri, edifizi e fossi comuni, quelle che consistono nelle distanze ed opere intermedie, richieste in alcune costruzioni, scavamenti e piantagioni, e le servitù della luce e del prospetto, dello stillicidio, del diritto di passaggio e di acquedotto.

Dalla loro denominazione di servitù legali, ossia di servitù stabilite dalla legge, non deve conchiudersi che non possano subire deroghe o modificazioni dalla volontà dell'uomo; giacchè esse operano in forza della natura delle cose e dell'autorità della legge, ma non istabiliscono però limiti, che, per espresso accordo dei possessori degl' immobili, non sia lecito oltrepassare o variare.

(1) Art. 532 *Cod. Civ.*

(2) Art. 533 e 534 *Cod. Civ.*

V. Legge 20 marzo 1865, all. F, n° 2248, sulle *opere pubbliche; Regolamento per la derivazione delle acque pubbliche,* approvato col Regio Decreto 8 settembre 1867, n° 3952; *Regolamento per la custodia e difesa dei fiumi e torrenti,* di cui nel R. Decreto 15 febbraio 1870, n° 5586; *Regolamento sulla polizia stradale,* per R. Decreto 15 novembre 1868, n° 4697; *Legge sulle strade comunali,* 30 agosto 1868, n° 4613; e relativo *Regolamento,* per R. Decreto 11 settembre 1870, n° 6021.

(3) Art. 535 *Cod. Civ., Legge* 20 marzo 1865, n° 2248, all. A, sull'*Amministrazione provinciale e comunale;* e relativo *Regol.* per R. Decreto 8 giugno 1865, n° 2321 (art. 67 e seg.).

Digitized by Google

§ III.

105. Le servitù stabilite per fatto dell'uomo derivano da disposizioni testamentarie, da convenzioni fra i proprietari, o dalla prescrizione, essendo permesso di stabilire sopra i fondi ed a beneficio dei fondi qualunque servitù, purchè non sia contraria all'ordine pubblico (1). — L'esercizio e l'estensione di queste servitù sono regolati dal titolo, ed in difetto dalle disposizioni degli articoli 617 e seguenti del Codice Civile.

V'ha poi quanto a queste servitù la divisione in *continue* e *discontinue*, *apparenti* e *non apparenti;* distinzione che costituisce la base del modo di acquisto, e di cui si parlerà al N° 147 (2).

V'ha pur altra distinzione di servitù, la quale si riferisce al tempo, da cui decorre un utile possesso giuridico; ed è quella di *affermative* e *negative.* Le prime sono le servitù, in forza delle quali il proprietario del fondo dominante può fare qualche cosa nel fondo servente, e il proprietario di quest'ultimo fondo è obbligato a soffrire che l'altro vi compia qualche atto; pratichi, ad esempio, un passaggio. Le seconde, all'opposto, sono quelle che impediscono al proprietario del fondo servente di far certi atti di proprietà, come sarebbe la costruzione di una casa, l'alzamento di un muro (3).

Nelle *affermative* il possesso utile si computa quindi dal giorno, in cui il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitarle sul fondo servente; e, a vece, nelle servitù *negative* il possesso comincia dal giorno della proibizione, fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per contrastargli il libero uso del medesimo (4).

In ordine a un fatto di opposizione e contraddizione all'esercizio di una servitù, il Fabro osserva (5), che *Sola prohibitio*

(1) Art. 616 *Cod. Civ.*

(2) *Cod. Civ.*, art. 617 e 618.

(3) *Cod. Civ.*, art. 631. — Questa distinzione trovasi pure nei Codici Parmense ed Estense. — *V.* anche MERLIN, *Rép.*, v. *Servitù*, § 6. *V.* n° 129.

(4) *V.* n° 128.

(5) *Cod.*, lib. III, tit. 24, def. 1.

Digitized by Google

utendi servitute non interrumpit præscriptionem servitutis, si ea prohibitio effectum non habuit.

Dalla riferita ultima distinzione deriva intanto evidentemente la massima, non essere ammessibile l'azione possessoria per un semplice *jus prohibendi,* che non cade sotto i sensi e non si estrinseca in un possesso materiale (1). — E, invero, se nelle servitù affermative la base della prescrizione sta nel fatto di un possesso evidente, nelle negative è a vece soltanto l'atto formale di proibizione, debitamente intimato e susseguito dal silenzio contrario, che, equivalendo al possesso, può iniziarne il corso. Trattandosi di *non jure,* non si ha altro mezzo di insistenza nella proprietà, su cui s'intenda di procacciarsi un diritto per virtù del tempo.

106. La servitù non può consentirsi che dal proprietario capace di disporre de' suoi beni, essendo essa una limitazione della proprietà. Però, se il nudo proprietario può, senza il consenso dell'usufruttuario, imporre al fondo una servitù, che non pregiudichi al diritto di usufrutto, non gli è lecito di imporre anche quella che lo diminuisce, senza il consenso dello usufruttuario (2).

La servitù, concessa da uno dei comproprietari di un fondo indiviso, non vi s'intende stabilita e realmente impressa, se non quando gli altri l'abbiano anch'essi concessa unitamente o separatamente. Le concessioni, per qualsivoglia titolo fatte dai primi, rimangono sempre in sospeso sino a che non sia seguita quella dell'ultimo. La concessione però di uno dei comproprietari, indipendentemente dagli altri, obbliga non solo il concedente, ma i suoi successori anche particolari a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso (3).

Uno che abbia un diritto di proprietà sottoposto a condizione, può sotto la stessa condizione stabilire una servitù. È pur valida la costituzione di una servitù su di un fondo, quantunque non ne esista ancora l'oggetto, come nel caso in cui si accordi la servitù di condotta d'acqua su qualche fondo, prima ancora

(1) *V.* n° 129.
(2) *Cod. Civ.*, art. 635.
(3) *Cod. Civ.*, art. 636.

Digitized by Google

che siasi trovata l'acqua, della quale si fa ricerca col mezzo di scavi (1). Però, l'esistenza della servitù sarebbe subordinata alla condizione del rinvenimento dell'acqua.

Il marito e l'enfiteuta possono imporre servitù, l'uno sul fondo dotale, l'altro sul fondo enfiteutico; ma cessano collo scioglimento del matrimonio e colla estinzione dell'enfiteusi. — Per contro, quelle acquistate dal marito al fondo dotale e dall'enfiteuta al fondo enfiteutico, non cessano in detti due casi, trattandosi di un vantaggio al fondo, a meno che la concessione siasi fatta in relazione soltanto del possesso e del godimento della persona, che le abbia acquistate (2).

La servitù acquistata da un comproprietario profitta a tutti, se non è limitata alla persona dell'acquisitore e per la parte di lui indivisa. L'usufruttuario, il conduttore ed altri simili possessori possono acquistare servitù limitate al loro godimento. E per l'acquisto di una servitù col mezzo del possesso, in via di prescrizione, non è necessario di essere proprietario del fondo dominante. — Può questo diritto acquistarsi anche dal colono, da un conduttore, da un possessore qualsiasi a favore del proprietario, che possiede col loro mezzo, e trattandosi di cosa che ha rapporto al fondo, anzichè alla persona del detentore.

107. Le servitù poi continue ed apparenti si acquistano non solo in forza di un titolo, ma anche colla prescrizione di trenta anni, o per la destinazione del padre di famiglia (3).

E le servitù continue non apparenti e le discontinue, sieno o non sieno apparenti, non possono a vece stabilirsi che mediante un titolo. — Il possesso, benchè immemoriale, non basta a stabilirle (4).

Gli scoli, derivanti dall'altrui fondo, possono costituire una servitù attiva a favore del fondo che li riceve, all'effetto di impedire la loro diversione; ma la prescrizione non si ha per incominciata se non dal giorno, in cui il proprietario del fondo dominante abbia fatto sul fondo servente opere visibili e per-

(1) *Leg.* 10, *Dig.*, *De servit.*, *præd. rust.*
(2) Art. 665 del *Cod. Civ.* e art. 1128.
(3) Art. 629 e 632 del *Cod. Civ.*
(4) Art. 630 del *Cod. Civ.*

Digitized by Google

manenti, destinate a raccogliere e condurre i detti scoli a proprio vantaggio, oppure dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia cominciato o continuato a goderli, non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo servente (1).

Lo spurgo regolare e la manutenzione delle sponde di un cavo aperto sul fondo altrui, destinato e servente a raccogliere e a condurre gli scoli, fa presumere che esso sia opera del proprietario del fondo dominante, quando non vi sia titolo, segno o prova in contrario. Si reputa segno contrario l'esistenza sul cavo di edifizi costrutti e mantenuti dal proprietario stesso del fondo, in cui il cavo è aperto (2).

108. La partizione tra servitù stabilite dalla legge e servitù stabilite per fatto dell'uomo (art. 532) è dettata, come già si osservò, da diversità di cause efficienti, anzichè da diversità di oggetto, che è sempre la proprietà immobiliare nei rapporti della realtà e dell'interesse fondiario.

Il legislatore, abbracciando nei larghi suoi concetti l'interesse generale, impone alle proprietà certe obbligazioni di rispetto e di officiosità reciproca, e così una servitù involontaria ed obbligatoria; lasciando che le altre vengano costituite per atto libero della volontà. Vi sono perciò due ordini distinti pel potere onde emanano le servitù, e anche per la loro differenza di carattere.

La servitù legale, derivante da un rapporto naturale dei fondi contermini, può quindi definirsi *una modificazione del diritto di proprietà indotta per volere di legge, ad oggetto di utilità pubblica o privata*. E delle varie classi di questa servitù occorre anzitutto di trattare.

(1) Art. 637 del *Cod. Civ.* (*V.* n° 109, 110, 111, 112 e 113).
(2) Art. 638 del *Cod. Civ.*

Digitized by Google

SEZIONE TERZA

Servitù stabilite dalla legge. — Acque. — Scoli naturali.
Sorgenti. — Difesa dei fondi.
Acque costeggianti o attraversanti i fondi. — Acque piovane.

---

§ I.

109. Le servitù, che derivano dalla situazione dei luoghi, già si osservò, essere imposte dalla natura, anzichè dalla podestà legislativa. — La legge non fa che dichiararle (1).

La prima disposizione comprende le acque, che hanno un naturale scolo (art. 536), e stabilisce che i fondi inferiori sono soggetti a ricevere le acque, che dai più elevati scolano naturalmente, senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo. Ed a questa servitù sono soggetti i fondi inferiori, quand'anche sieno demaniali o di uso pubblico, come le strade; giacchè la natura, causa della servitù, spiega ugualmente e senza distinzione le sue leggi.

Ed è necessariamente compresa in tale disposizione ogni specie d'acque di deflusso naturale, cadenti dal cielo, o sorgenti dalla terra, le quali non sieno di pubblica ragione, non statuendo il Codice che sulla loro ragione civile (2).

Da siffatta servitù, detta di scarico, deriva pertanto il diritto nel proprietario del fondo superiore di scaricare le acque sul fondo inferiore per mezzo della naturale inclinazione del terreno, e per conseguenza l'obbligazione nel proprietario del fondo inferiore di non opporsi a questo deflusso delle acque e di riceverle.

Ne viene quindi che il proprietario inferiore non può costruire argini o dighe, nè altra opera che impedisca il deflusso delle

(1) *Non aqua, sed loci natura nocet. Leg.* 1, § 14, *Dig., De aqua et aq. pluv.*

Has leges æternaque fœdera certis
Imposuit natura locis.
VIRGIL., *Georg.*

(2) *Cod. Civ.*, art. 534 e 535.

Digitized by Google

acque, le quali scolano naturalmente dal fondo superiore; e per altra parte questo deflusso naturale non può alterarsi da verun fatto del padrone del fondo dominante in danno del fondo inferiore. E a tutela di questo naturale e legale stato di cose compete al proprietario dell'uno e dell'altro fondo l'azione possessoria per turbato possesso. Compete, cioè, al proprietario del fondo superiore, se l'altro con opere manufatte reca impedimento al deflusso naturale delle acque; e compete a questo contro il primo, che proceda a fatti che rendano più grave la servitù, come se con opere nuove o lavori rigetta sul fondo inferiore tutta l'acqua che prima scorreva di fianco, o se concentra in un sol punto e fa ricadere in un sol volume l'acqua, che sparsa sulla superficie del fondo colava insensibilmente lungo il tratto della linea di confine, o se con altri artificiali mezzi fa rovesciare sul fondo inferiore maggior copia d'acqua di quella, che naturalmente cadrebbe, o le imprime maggior forza di espulsione, e maggior impeto di discesa a danno di questo fondo. Gli competerebbe pure l'azione, se il proprietario del fondo superiore, frammischiando all'acqua materie malsane e corruttrici, la rendesse nocevole alle condizioni agricole od all'igiene.

Potendo gli scoli, derivanti dal fondo superiore, costituire una servitù attiva a favore del fondo che li riceve, all'effetto di impedire la loro diversione, a termini dell'art. 637, come già accennossi al N° 107, ne viene che compete pure a tutela di questa servitù l'azione di manutenzione, ove siavi un possesso oltreannale, a partire dal giorno del compimento delle opere, o dal giorno della opposizione, a senso di detto articolo.

Non sarebbe poi il proprietario del fondo inferiore tenuto a ricevere le acque, che colla fognatura, con colmate od altri mezzi si conducessero attraverso il suo fondo per prosciugamento o bonificazione di attigue terre. — Chi intende di procedere a tali opere, deve anzitutto soddisfare alle condizioni stabilite dagli articoli 609 e 612 del Codice Civile. Vi sarebbe, in caso diverso, una illecita turbativa al possesso, che autorizzerebbe l'azione possessoria (1).

(1) DURANTON, tom. III, pag. 32 e 52; ZACHARIE, tom. I, § 235.

Digitized by Google

110. Ma, ove nella consueta coltivazione, senza eccedere le ordinarie esigenze, venga a toccarsi qualche vena sotterranea, da cui sgorghi un volume d'acqua maggiore del primo, o scaturisca una nuova mai esistita sorgente, in questo caso il proprietario del fondo inferiore non potrebbe opporsi al naturale deflusso sul suo fondo di questa nuova o maggior copia d'acqua, e non potrebbe quindi neanco agire in via possessoria per turbato possesso, quantunque il possessore del fondo superiore non possa invocare l'esistenza da oltre un anno di questo nuovo corso d'acqua. E invero, al proprietario del fondo superiore non può imputarsi alcun fatto, con cui abbia tentato di aggravare la primitiva servitù, o di costituire artificialmente una servitù mai esistita. Esso non fece che usare nei modi ordinari della sua ragione di proprietà, procedendo da buon padre di famiglia ai consueti lavori di coltivazione; cosicchè sarebbe sempre il caso di scolo naturale, epperciò di servitù stabilita dalla legge.

Se, per contro, si fosse fatta ricerca della sorgente con mezzi diretti all'uopo, od anche se la stessa coltura del terreno potesse dirsi forzata ed avente caratteri di innovazione straordinaria, e si fosse per tal modo ricorso a fattori estranei all'ordine consueto, in tal caso sembra non dubbio che l'azione per turbato possesso in conseguenza di gravame o di indebita imposizione di servitù, dovrebbe ammettersi.

Potrebbe il proprietario del fondo superiore stabilire una servitù di scarico nel fondo inferiore, ma nei modi e mediante la indennità stabilita dalla legge, quando trattasi di deflusso e condotta artificiale d'acqua.

111. Il Romagnosi fa pure osservare (1), che la legge disponendo, non poter i terreni inferiori ricusare di dar esito alle acque superiori, ne segue che in ogni caso di un deflusso di acqua, sia naturale, sia artificiale, viene dalla legge stabilita la servitù dello scarico delle acque dal fondo superiore al fondo inferiore, e quindi il diritto, rapporto a quello, di trasmettere, e l'obbligo, rapporto a questo, di ricevere le acque defluenti. La sola differenza fra un caso e l'altro si è, che nel primo il padrone del fondo superiore non è tenuto a veruna opera, atteso

(1) *Della condotta delle acque*, par. I; lib. I, cap. I, sez. II, § 18.

Digitized by Google

il deflusso delle acque stabilito dalla sola natura; dove che nel secondo, producendosi dal proprietario superiore un aggravio sopra il fondo inferiore non costituito dalla natura, esso è tenuto sì a costruire a sue spese il canale dello scolo, sì ad eseguire l'opera col minor danno possibile del fondo inferiore, e sì finalmente a risarcire il proprietario per questo danno inferito.

Circa allo scolo delle acque dai tetti, la disposizione, che lo regola, è quella dell'art. 591. Potrebbe tuttavia in alcuni casi, secondo alcuni, trovare applicazione l'art. 536. — L'acqua piovana deve scolare sulla proprietà del padrone del fabbricato, ove non cada sulla via pubblica; ma discendendo poscia lungo il di lui terreno naturalmente, e scorrendo senza opera manufatta nel terreno inferiore, questo ulteriore deflusso si opera come se l'acqua fosse immediatamente caduta sul terreno superiore. — Il carico del fondo inferiore non sarebbe prodotto dal fatto ingiusto di gettare le acque del tetto sul fondo del vicino, ma da un altro fatto e dal principio che le acque del fondo, da qualunque causa provengano, defluiscono naturalmente sul fondo inferiore (1). — Dalle varie circostanze e situazione dei luoghi può dipendere più o meno l'applicazione di questo principio.

Però, se non trattasi di antico tetto e deflusso d'acqua, e così di uno stato di cose che possa apparire giuridico, ma di una nuova fabbricazione, e così di un fatto nuovo che produca lo scolo, non sembra dubbia la ragione del possessore del fondo inferiore di opporsi. — Sarebbe sempre un turbamento al suo possesso anteriore.

112. Ma se viene a ruinare o a togliersi dal fondo superiore qualche opera di difesa al fondo servente, in quanto per essa l'acqua scola più lievemente ed a minore pregiudicio, può il proprietario del fondo inferiore obbligare il primo a ricostruire l'opera, o ricostrurla esso stesso?

Se quest'opera di difesa (sia essa un riparo, una diga, od altro) era evidentemente destinata a rendere meno pregiudicievole la servitù, ed è stata distrutta dal proprietario superiore allo scopo di aggravare la condizione del fondo inferiore, pare che debba spettare al proprietario di questo fondo la ragione di difenderlo

(1) Borsari, *Comm.*, art. 536, § 1078.

Digitized by Google

dalle conseguenze e danni derivanti da siffatta alterazione della modalità, con cui era esercitata la servitù; e quindi l'azione possessoria.

Se poi l'opera, per la sua natura, non aveva detta speciale destinazione, il proprietario poteva demolirla, non esercitando che un libero atto di proprietà.

Nel diritto romano trovasi previsto il solo caso della fortuita distruzione dell'opera; e si diniega ogni diritto al proprietario del fondo inferiore, quantunque ne derivi un nocumento al medesimo (1). E, invero, al proprietario del fondo superiore nulla potrebbesi imputare; e non gli è dalla legge imposto l'obbligo di conservare lo stato del suo fondo contro un avvenimento di forza maggiore. — Però, a senso del giureconsulto Paolo (2), vuolsi per consiglio di equità concedere al proprietario del fondo inferiore l'azione utile per ricostituire esso stesso l'argine caduto, se pure non ne risente danno il proprietario del fondo superiore (3).

Secondo Zachariæ poi non potrebbe il proprietario del fondo inferiore impedire che il proprietario superiore elevasse a sue spese su detto fondo opere stabili, indispensabili a mantenere od a ristabilire lo scolo delle acque (4). — Però non sembra dubbio in tal caso che quegli avrebbe diritto al risarcimento dei danni, che ne soffrisse per occupazione di terreno, o per altra qualsiasi causa. Costretto a subire la servitù, non è tenuto ad altro; e le opere sarebbero fatte nello interesse del fondo superiore.

Occorre, infine, osservare che l'acqua, la quale si svolge o cade in un fondo, diventando proprietà del padrone del fondo, può questi privarne il fondo inferiore, malgrado ne riceva vantaggio, e così disporne altrimenti a sua volontà. Ma sfugge alla di lui proprietà tostochè, passato il confine, l'acqua cade nel contiguo altrui fondo; cosicchè il proprietario di questo può

(1) PAOLO, *Framm.* 14, *Dig., De aqua pluv.*
(2) Lib. 49 *ad edictum.*
(3) *Leg.* 2, § 5, *Dig., De aq. pluv. arc.*
(4) Tom. I, § 235. — *V.* pure TOULLIER, tom. II, n° 327; e *Leg.* 1, *Dig., De aq. et aq. pluv.*

Digitized by Google

alla sua volta utilizzarla e vantaggiarsene. E lo stesso dicasi del proprietario d'altro fondo posteriore, su cui in seguito ricada naturalmente l'acqua; ma non può neanco questi impedire il proprietario a lui superiore di consumarla esso stesso o di darle altro corso o destinazione.

§ II.

113. Dopo le generali disposizioni relative al naturale deflusso delle acque da uno ad altro fondo, passa la legge a darne altre sulle sorgenti.

« Chi ha (dice la legge) una sorgente nel suo fondo, può usarne a piacimento, salvo il diritto che avesse acquistato il proprietario del fondo inferiore, in forza di un titolo o della prescrizione.

« La prescrizione in questo caso non si compie che col possesso di trent'anni, da computarsi dal giorno in cui il proprietario del fondo inferiore ha fatto e terminato nel fondo superiore opere visibili e permanenti, destinate a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo, e che abbiano servito all'uopo.

« Il proprietario della sorgente non può deviarne il corso, quando la medesima somministri agli abitanti di un comune o di una frazione di esso l'acqua, che è loro necessaria: ma se gli abitanti non ne hanno acquistato l'uso, o non l'hanno in forza di prescrizione, il proprietario ha diritto ad indennità (1). »

La prima di dette disposizioni comprende due parti, l'una risguardante il *libero uso* di un'acqua sorgente nel proprio fondo, e l'altra contenente una limitazione alla libertà nel proprietario di usarne in conseguenza di un diritto acquistato dal proprietario del fondo inferiore.

La legge in tal parte non più riguarda il decorrimento delle acque di alto in basso come un peso e una condizione di servitù, ma come un favore ed un benefizio. — Nella specie dell'art. 536 si considera come possa riuscire meno dannosa la servitù naturale del fondo inferiore di sopportare le acque superiori, e

(1) Articoli 540, 541 e 542 del *Cod. Civ.*

Digitized by Google

si pongono dei limiti all'esercizio di essa servitù; e nella disposizione, di cui si tratta, la legge abbraccia a vece una ipotesi affatto diversa, e valuta gli sforzi dei proprietari inferiori per attrarre a sè in modo definitivo le acque superiori e fermarle, si direbbe, stabilmente nel loro proprio servizio (1).

Romagnosi (2) domanda, se la sorgente, che forma l'oggetto di siffatte disposizioni legislative, sia naturale od artificiale, oppure se s'intenda comprendere sì l'una che l'altra. — E rispondendo fa anzitutto osservare che, sotto nome di sorgente naturale, si contempla quella che da se stessa e senza il concorso dell'opera dell'uomo somministra acqua ad un dato fondo; e che, sotto il nome di sorgente artificiale, s' intende quella che è procurata mediante l'escavazione; e poscia, passando alla risposta, afferma che la legge abbraccia sì l'una che l'altra, posto che essa non le distingue, nè induce limitazione alcuna.

Aggiunge che anche secondo il diritto romano il padrone di un fondo, nel quale sorge un'acqua, può usarne ad arbitrio non solamente per irrigazione, ma eziandio per animare opificii o per altri oggetti di propria utilità. La condizione perpetua, che dev'essere rispettata, consiste nel non aggravare la servitù dei fondi inferiori, facendo che l'acqua nel sortire divenga rovinosa. — E ciò s' intende nel supposto che non sia stata indotta per fatto dell'uomo una positiva servitù (3).

Le sorgenti si considerano come parti integranti del fondo, *Portio agri videtur aqua viva* (4), diversamente dalle acque, che cadono dal cielo sul nostro terreno, o vi sono importate in altro qualsiasi modo. Queste derivano da cause, che sono fuori del nostro dominio, e non sono nostre che nell'uso; mentre le sorgenti emergono dal nostro fondo e possiamo non solo goderle a nostro arbitrio, ma eziandio non goderle e distruggerle, sieno esse sorte naturalmente o formate artificialmente.

Questo diritto è però soggetto, come avanti, a limitazione,

(1) Borsari, *Comm.*, art. 540, 541 e 542, § 1089.

(2) *Condotta delle acque*, par. I, lib. I, sez. II, § 14.

(3) Romagnosi, *cit. loc. V. la Leg.* 1, § 11; *Leg.* 8, 9, 10, 11, 21 e 26, *Dig., De aqua et aq. pluv. arc.; Leg.* 4, *Dig., De aqua quotid. et æstiva; Leg.* 10, *Dig., De serv. vindic.*

(4) *Leg.* 2, *Dig., De vi aut clam.*

Digitized by Google

potendo esistervi un diritto contrario in forza di un titolo o della prescrizione. E difatti, se v'ha possesso prescrittivo, la modalità del diritto e del suo esercizio è determinata dallo stesso possesso; e se v'ha un titolo di concessione del proprietario della sorgente al possessore di un fondo contiguo, la essenza, l'estensione e il modo d'esercizio del diritto sono regolati dal titolo stesso (art. 616 del Codice Civile).

114. Circa ai requisiti richiesti dall'art. 541 per la legittimità del possesso, tornano opportune alcune osservazioni. Trattandosi di servitù, i cui rapporti giuridici devono essere evidenti, questo articolo ne determina in modo preciso i caratteri esteriori. — Vuole, cioè, che apparisca nel proprietario inferiore l'animo di avere un possesso suo proprio sulla sorgente del proprietario superiore, e che questi possa acquistare la scienza della condizione nuova e contraria al suo diritto, che gli è fatta, e così conoscere come il proprietario inferiore cessando dalla condizione meramente passiva, creata dalla legge, tenti procacciarsi un modo di possesso atto a generare un diritto col mezzo della prescrizione. E a tale oggetto richiede opere esteriori, che sieno in relazione allo scopo, e tali da togliere ogni dubbio ed equivoco in ordine alla loro natura e al fine.

Per accertare la scienza del proprietario superiore, le opere devono conseguentemente essere *visibili*, rivelarsi cioè in modo evidente, con rivestire un preciso carattere di pubblicità, che escluda l'occulto e l'incerto.

Devono inoltre esser *permanenti*, giacchè manca, in difetto, la condizione di *continuità* al possesso. Se si fanno costruzioni poco solide (quand'anche si rinnovino ad intervalli) venendo di tratto in tratto a ruinare ed a sparire, senza lasciare traccia, possono essere considerate di semplice tolleranza e non nocive; e mancano altronde sempre in tali casi gli elementi di evidenza di scopo e di continuità di possesso. Non vuolsi tuttavia confondere la stabilità dell'opera colla continuità del possesso, potendo questo venire interrotto naturalmente o civilmente, malgrado detta stabilità d'opere.

Devono, infine, le opere costrutte sul fondo superiore non solo apparire destinate a facilitare il declivio ed il corso delle

Digitized by Google

acque nel fondo inferiore, ma avere *servito all'uopo;* poichè altrimente il possesso sarebbe *equivoco.* Non possono quindi valere all'oggetto di un legittimo possesso, se non risulta che in realtà adempiano al fine. Se conseguentemente si trattasse di opere, che, a vece di facilitare il corso ai terreni inferiori, avessero altra speciale e diversa tendenza e altro scopo, l'art. 541 non troverebbe applicazione.

Naturalmente le opere, che il proprietario del fondo inferiore facesse sul proprio terreno, quantunque tendenti a ricevere le acque, non potrebbero mai dar principio all'accennato possesso. — Sarebbero tali opere null'altro che l'espressione della facoltà di usare acque che, oltrepassato il fondo superiore, cadono nel di lui dominio, non mai un atto capace di generare un possesso, che col tempo potesse costituire un diritto contrario a quello del proprietario superiore.

Pecchio propone un caso speciale. Vi sono tre fondi: nel primo superiore havvi la sorgente d'acqua, che naturalmente decorre sul secondo fondo; ma il proprietario di questo non fa uso dell'acqua, la quale perciò scorre sul terzo fondo. Il proprietario di quest'ultimo praticò nel secondo un'opera destinata a ricevere e condurre l'acqua sorgente dal primo. Può esso, dopo un lungo possesso, aver acquistato il diritto di impedire al proprietario della sorgente la diversione delle acque? — Pecchio risolve la questione nel senso che il padrone del terzo fondo abbia acquistato ragione di servitù sul secondo, cosicchè non possa il costui proprietario divertire altrove l'acqua della sorgente, che passa sul suo fondo; non così rispetto al primo fondo, non avendo in esso praticato opera alcuna, la quale dimostri l'acquisto del diritto di servitù. E soggiunge dover ciò aver luogo, quand'anche il proprietario del terzo fondo avesse in esso fabbricato un molino ed aperte le sponde del rivo naturale, formato dal lungo deflusso delle acque (1)

Colla prescrizione poi derivante dal legittimo possesso, dimostrato dalle opere visibili e permanenti, non solo si acquista

(1) *Tract. de aq.*, lib. 1, cap. 7, quæst. 4, n° 31.
DIONISOTTI, *Servitù delle acque,* pag. 111.

Digitized by Google

il diritto alle acque della sorgente, ma anche la modalità impressa alle acque stesse, ove sussista da trent'anni.

Giova ancora notare che, coi requisiti voluti dall'art. 541, la servitù si fa eziandio continua ed apparente, mentre senza tali caratteri sarebbe essa discontinua e non apparente, epperciò non acquisibile col possesso, ma solo con titolo (1). E per la stessa ragione non si potrebbe neppure invocare la destinazione del padre di famiglia per detto acquisto, se non vi sono le opere visibili accompagnate dai caratteri indicati dalla legge (2).

§ III.

115. Quanto al tempo, in cui incomincia a decorrere il possesso utile alla prescrizione ed all'azione di manutenzione, l'art. 541 ne dà la determinazione, stabiliendo doversi computare dal giorno in cui il proprietario del fondo inferiore *ha fatto e terminato* nel fondo superiore le accennate opere. — Ma quando possono dirsi terminate tali opere nel senso della legge? — Lo sono quando siano giunte a quel grado, per cui possono servire con efficacia al fine propostosi dal costruttore, e vi servano effettivamente. — Si considerano a vece come non condotte al loro termine, epperciò imperfette, quelle che non sono capaci di servire allo scopo per la loro forma, od alle quali manca ancora qualche lavoro a raggiungere questo scopo, sebbene la intenzione dell'autore delle opere apertamente si riveli dalla natura delle opere stesse.

In sostanza il tempo decorre dal giorno in cui furono i lavori ultimati e realmente servirono all'intento. E ricorrendo all'esempio di un fosso, se questo non ha avuto la necessaria profondità, e le acque, a vece di decorrere e discendere in modo normale, si spandono intorno al suolo del proprietario superiore, non può dirsi che servano al fine. Perciò il vero possesso non incomincia se non quando, col mezzo delle opere compiute,

(1) Torino, 10 maggio 1867. — *Giur.*, an. IV, pag. 470; DURANTON, tom. 5, n° 185.
(2) *Cassazione di Napoli*, 14 gennaio 1868, causa JACOBELLI-PACELLI — *Gazz. del Proc.*, III, 41.

Digitized by Google

siasi incominciato a godere del corso delle acque; giacchè se il possesso può, giusta i generali principii, conservarsi *animo domini*, deve però essere preso effettivamente in principio *animo et corpore*.

Ma anche questo possesso può, come già si accennò, essere interrotto. — E giova in ispecie osservare quanto all'interruzione di fatto, che se il possesso ebbe l'accennato suo legale principio, la sospensione dell'esercizio per mancanza d'acqua, non interrompe il possesso, finchè le opere costrutte durano nella loro condizione di idoneità e di efficacia; ma se le opere per avvenuti guasti si rendono inette all'uffizio, a cui furono destinate, vien meno l'azione del possesso e più non riprende la sua forza che al momento della restituzione delle opere al loro primitivo ed efficace stato. E ciò ha luogo quantunque, durante il termine di detto stato d'inettezza delle opere, mancassero le acque per cagioni naturali. (1).

Interruzione di possesso vi sarebbe pure se l'acqua cessasse di decorrere per fatto del proprietario della sorgente. — Vi sarebbe una contraddizione di fatto.

116. È poi regola generale che spetta al proprietario inferiore, pretendente il diritto all'acqua, il carico di provare che le opere sul fondo superiore per la derivazione dell'acqua a vantaggio del suo fondo vennero da esso eseguite.

Ma questa prova, che spesso mancherebbe in modo diretto per l'antichità delle opere, può naturalmente derivare indirettamente dagl'indizi, e così darsi con tutti i mezzi ammessi dalla teorica delle prove legali, come verrà anche in seguito dimostrato.

La Corte d'Appello di Torino (2), con sentenza 13 aprile 1872, considerava a tale oggetto, non bastare dedurre a prova che la derivazione si fosse praticata per mezzo di un fosso esistente nel fondo superiore, senza la deduzione in pari tempo che quel fosso fosse opera del proprietario del fondo inferiore e fosse stato da lui appositamente costrutto per condurre le acque nel

(1) PROUDHON, *Dominio*, n° 1379; TROPLONG, *Della prescrizione*, n° 180.

(2) Causa MORANO c° DEROSSI, riferita nella *Giur.* 1872, a pag. 477.

V. anche *Sent. della Cassaz. di Palermo*, 13 agosto 1870, riferita nella *Giurisprudenza italiana*, vol. XXII, 1, 736.

Digitized by Google

fondo proprio; e non essere lo spurgo e la manutenzione di tale fosso per parte del proprietario del fondo inferiore neanco sufficiente a far presumere che fosse opera di quest'ultimo.

Considerò pure non essere applicabile al caso la presunzione stabilita all'art. 638 del Codice Civile, giacchè la servitù, a cui in questo articolo si allude, non deriva dalla situazione dei luoghi, ma è nel novero di quelle che si stabiliscono per fatto dell'uomo, ed era perciò naturale che si tenesse conto di tutti quei fatti del proprietario del fondo inferiore, che contribuire potevano a spiegare in esso l'intenzione e la volontà di crearsi un diritto su quelle acque, che altrimenti avrebbe dovuto per legge sopportare. Considerò infine che essenzialmente la condizione del proprietario del fondo superiore, nel caso previsto dall'art. 540, è ben diversa da quella in cui si trova il proprietario del fondo superiore, nel caso di cui all'art. 638. Difatti, nel primo trattasi di privare il possessore del fondo superiore della proprietà dell'acqua nel suo fondo nascente, e perciò ragion voleva che non si ammettessero se non opere visibili e permanenti, fatte e terminate nel fondo superiore dal proprietario del fondo inferiore, e che queste fossero destinate a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel fondo inferiore ed avessero servito all'uopo, quando che nel secondo caso, trattandosi di acque morte che già avevano servito al fondo superiore, ben si potè introdurre come argomento di presunzione a favore del proprietario del fondo inferiore, per l'acquisto di un diritto sulle acque in esso defluenti, quel determinato fatto di regolare spurgo e manutenzione delle sponde di un cavo aperto sul fondo altrui, che non avendo un'utilità diretta pel fondo superiore veniva a ridondare a beneficio del fondo inferiore e dava fondato motivo per supporre che solo il proprietario del medesimo avesse formato un'opera da esso mantenuta in istato di servizio ed esclusivamente destinata a raccogliere e condurre a proprio vantaggio gli scoli del fondo superiore.

117. *La Giurisprudenza* che riferisce detta sentenza fa per annotazione alcune osservazioni, che meritano d'essere considerate.

« La giacitura dell'art. 638 giustifica la interpretazione ristrettiva dataci dalla Corte. Ma almeno in diritto costituendo

Digitized by Google

puossi dubitare se sia opportuna quella limitazione, e se vi sia una ragione per attribuire allo spurgo e alla manutenzione del fosso e delle sponde l'effetto dichiarato dall'art. 638 soltanto quando si tratta della servitù degli scoli, che si voglia acquistare colla prescrizione, e non già quando si tratta dell'acquisto della servitù sulle acque sorgenti nel fondo altrui. Non ci sembra gran fatto decisivo il dire che questa seconda servitù meriti minor favore della prima, perchè è una servitù introdotta dalla legge in considerazione della situazione dei luoghi e tende a spogliare il possessore del fondo superiore della proprietà dell'acqua nascente nel suo fondo, mentre la seconda servitù non è tra quelle stabilite dalla legge, ma tra quelle che si costituiscono per fatto dell'uomo, e riguarda semplicemente acque morte, che già hanno servito al fondo superiore.

« Primieramente non ci sembra esatto il dire che la servitù indotta dagli articoli 540 e 541 sulle acque sorgenti nel fondo altrui, quando concorre il possesso qualificato (coi caratteri cioè precisati nello stesso art. 541), sia una servitù introdotta dalla legge. Essa è una vera servitù costituita pel fatto dell'uomo. Infatti la legge non la attribuisce mai *pleno jure;* essa non fa che confermarla quando si sia acquistata col fatto dell'uomo, ossia, come dice l'art. 540, con *titolo* o colla *prescrizione,* che sono i soli fatti dell'uomo, con cui si possano acquistare le servitù: la destinazione del padre di famiglia rientra in questi due. Si parla di questa servitù nella sezione delle *Servitù legali* e nel § 1° delle *Servitù che derivano dalla situazione dei luoghi.* Ma ivi se ne parla unicamente per incidente opportunità; essendochè per la situazione dei luoghi il proprietario di un fondo ha la proprietà delle acque, che sorgono in esso (art. 540), e per la situazione dei luoghi gli abitanti di un Comune o di una frazione di esso possono impedire al proprietario della sorgente di deviarne il corso, quando questa somministra loro l'acqua necessaria (art. 542). Era naturale che frammezzo a queste due disposizioni il legislatore, dopo avere sanzionato nella prima il diritto assoluto del proprietario della sorgente, si preoccupasse, prima di venire alla seconda, del caso in cui sull'acqua sorgente si fosse da altro acquistato diritto indipendentemente dalla

Digitized by Google

concessione della legge, ossia per fatto dell'uomo: il legislatore dettò quindi la disposizione dell'ultima parte dell'art. 540, la quale sarebbe persino stata inutile, se non fosse stato necessario dichiarare all'art. 541 le condizioni, alle quali quei diritti all'acqua sorgente si potessero acquistare da altri colla prescrizione. Che anzi tanto siamo lontani dal tema delle servitù legali, che, a vero dire, non si tratta nemmeno di servitù, ma sì di proprietà. Quando il proprietario del fondo inferiore ha acquistato con titolo o colla prescrizione un diritto sulle acque, che sorgono nel fondo superiore, non ha soltanto acquistato una servitù su quelle acque, ma un vero diritto di proprietà. La servitù infatti è dovuta da un fondo a favore di un altro fondo. Se quindi il possesso trentennale si fosse esercitato per condurre le acque in un determinato fondo inferiore, questo solo sarebbe il fondo dominante. Al contrario, non si può contestare che il proprietario di questo, colui che ha acquistato colla prescrizione il diritto sulle acque sorgenti nel fondo altrui, possa, invece di continuare ad impiegare quelle acque in servizio di quel determinato fondo, volgerle a beneficio di un fondo diverso, ed anche alienarle, purchè rimangano inalterate le opere costrutte nel fondo superiore per la condotta di quelle acque: Cassazione francese, 25 maggio 1867. Rioux-Ville d'Aubenas (Dalloz, 1867, 1220). Lo stesso si deve dire quando il diritto sulle acque sorgive, invece di essersi acquistato colla prescrizione, si fosse acquistato con titolo quando il titolo non disponga altrimenti.

« In secondo luogo, il trattarsi di acque sorgenti, invece di acque di scolo, non sembra sufficiente a stabilire una differenza tra i due casi, circa la presunzione introdotta dall'art. 638. Nell'uno e nell'altro caso si richiede che le opere visibili e permanenti sieno costrutte nel fondo superiore dal proprietario del fondo inferiore. Ora, se trattandosi di scoli condotti per mezzo di un cavo esistente nel fondo superiore, ma costantemente espurgato per lo spazio di trent'anni dal proprietario del fondo inferiore e da lui mantenuto, la legge presume che quel cavo sia opera di quest'ultimo, quando non vi sia titolo o segno in contrario, e questa presunzione si riconosce ragionevole, non si scorge motivo per cui questa ragionevolezza debba

Digitized by Google

cessare quando, invece di trattarsi di acque di scolo, si tratti d'acque sorgive. Non si vede che la ragionevolezza della presunzione dipenda dalla natura delle acque condotte per mezzo di quel cavo. »

A queste osservazioni, che sembrano giuste secondo la *juris ratio*, possono per avventura aggiungersi quelle che relativamente ad altra questione sono espresse più sotto nel seguente numero, sull'applicazione cioè di un principio generale espresso in un caso ad altro caso non espresso.

È poi anche incontestabile che, per l'accertamento di una verità giuridica procedendosi spesso dal noto all'ignoto per via di induzione e potendo nell'ordine dei giudizi civili ricorrersi alla certezza morale, quando non esiste la certezza assoluta, e potendo conseguentemente in una controversia in cui si tratti di conoscere la ragione di uno stato di cose, indagarsene la presunta causa, con risalire alle origini, ne avverrebbe per logica conseguenza, potersi anche, per lo scoprimento di un vero, ricercare altri criteri, argomenti e presunzioni (1). — Nel giudizio possessorio deve certo bastare che esistano opere atte a far presumere legittimo il possesso.

118. Altra questione circa al possesso ed alla prescrizione delle acque, di cui si tratta, vuolsi eziandio svolgere.

Secondo l'art. 541 del Codice Civile, il possesso atto a prescrivere si computa dal giorno del compimento delle opere visibili e permanenti nel fondo superiore, come si è avanti osservato. — Ma non potrebbe, anche per rispetto alle sorgenti, iniziarsi un possesso giuridico e manutenibile dal giorno, in cui il padrone del fondo inferiore avesse cominciato o continuato a godere le acque di sorgente defluenti sul suo fondo, non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo, in cui esiste la sorgente?

(1) La *Corte d'Appello di Torino*, Sent. 31 dicembre 1867, stabilì che la manutenzione e lo spurgo di un fosso, o canale possono essere argomento di servitù sul fondo superiore a favore dell'inferiore, se vi concorrono altri importanti argomenti — *Giurispr. ital.*, vol. XIX, 2, 837. — Un argomento, che l'opera si deve presumere fatta dal proprietario del fondo inferiore, deriva dal fatto stesso, che dimostra come abbia per unico scopo di servire all'uso e vantaggio del fondo inferiore.

Digitized by Google

L'art. 637, relativo agli scoli derivanti dall'altrui fondo, stabilisce potersi incominciare la prescrizione dal giorno non solo in cui il proprietario del fondo dominante, ossia inferiore, fece opere visibili e permanenti nel fondo superiore o serviente, come appunto l'art. 541 determina rispetto alle acque delle sorgenti; ma aggiunge potersi pure incominciare dal giorno, in cui il proprietario del fondo dominante incominciò o continuò a godere gli scoli, non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo serviente; disposizione che non si legge in detto art. 541.

Sembra quindi, a prima vista, che quest'ultima causa e questo modo d'iniziamento di un possesso giuridico e prescrittivo sieno dalla legge soltanto ammessi per riguardo alle acque irrigatorie residue o scoli; giacchè quello che volle la legge lo espresse nei singoli articoli: e l'interpretazione estensiva non si presta generalmente rispetto a disposizioni, che modificano il diritto di proprietà.

Ma sorge la logica del diritto che risale ai principii, e con essa l'autorità di Pescatore (1), il quale, trovando nel caso espresso dall'art. 637 l'applicazione di un principio generale, opina doversi estendere al caso ommesso.

« Raffiguriamoci innanzi tutto il caso della legge (2). Il proprietario del fondo inferiore è solito recarsi al fondo superiore, ed ivi con *opere instabili e temporanee,* che soddisfatto il bisogno scompaiono, raccogliere gli scoli e condurli al proprio tenimento: questa pratica *discontinua*, in altri termini questo esercizio di servitù discontinua non costituisce un possesso abile a indurre la prescrizione; la legge la presume di origine e di continuazione precaria; ma se il proprietario del fondo superiore vi fece una buona volta atto di formale opposizione, e ciò nullameno l'esercizio fu continuato, da quel punto è incominciato un possesso giuridico e decorre la prescrizione; tal è la decisione dell'art. 637 del Codice Civile, sopra la quale decisione mi soccorrono le seguenti riflessioni: — a tenore della ragion giuridica naturale, ed astraendo da ogni legge di carattere positivo ed

(1) *Filosofia e dottrine giuridiche,* pag. 363 e seg.
(2) *Casumque figura.*

Digitized by Google

eccezionale, l'uso regolare e costante anche di una servitù discontinua può costituire un vero possesso giuridico, quando le circostanze dimostrano l'intenzione sempre manifesta e manifestata di esercitare un diritto, ed escludono ogni sospetto di concessione precaria e di semplice tolleranza; l'apprezzamento dei fatti appartiene nei casi *singoli*, secondo i principii del gius comune, al criterio dei giudicanti. Ma di fronte al sistema naturale sorgono i sistemi legali, e sono due: l'uno assoluto e più discosto dal sistema naturale, l'altro meno assoluto e meno discosto. Il primo stabilisce una presunzione assoluta di precarietà, non ammette nessuna prova, nessuna eccezione in contrario, e proclama che le servitù discontinue non si possono acquistare che mediante titolo; il semplice uso delle medesime, per quanto lunghissimo, regolare e costante, a nulla giova; il possesso in tal materia non è prescrittivo, nè manutenibile. L'altro sistema accetta la presunzione, modificandola. Quando il proprietario del fondo, sul quale si pratica la servitù discontinua, fa intimare al vicino un atto formale di opposizione perchè abbia a cessare, e a dispetto dell'intimazione il vicino continua affermando ed esercitando il suo diritto, e il proprietario del fondo serviente pur si acquieta finalmente alla pretensione, e la lascia continuare ed esercitarsi; allora veramente parrebbe troppo irregolare e ripugnante alla verità del fatto il voler persistere nella presunzione che tutto questo avvenga per semplice tolleranza; e qual ragione di privato e pubblico interesse potrebbe infine persuadere il legislatore di soccorrere con presunzioni evidentemente menzognere colui, che dopo aver intimata un'opposizione formale non si rivolse a sostenerla contro chi la respinge e la disprezza col fatto, e l'abbandona anch'egli e si acquieta all'esercizio di un diritto altamente affermato? Che il legislatore commendi tra buoni vicini la tolleranza e la protegga, liberandola da ogni timore di pretensioni e prescrizioni future, sta bene; ma se scoppia una lite formale con citazioni ed intimazioni, la legge allora non ha più da dire a ciascuna delle parti che una sola parola: che si difenda o si arrenda. Tale è il principio applicato dal legislatore italiano nell'art. 637 del Codice Civile: esso si accosta ai principii del sistema na-

Digitized by Google

turale assai più che la presunzione di precarietà assoluta, inesorabile; epperò, estendendo il principio dal caso espresso al caso ommesso, conchiudiamo: — che le acque proprie del fondo superiore, sia che provengano da sorgente propria, sia che vi si conducano per acquisto fatto da canali o sorgenti altrui, possono costituire una servitù attiva a favore del fondo inferiore, nel quale decadono; — che questa servitù può risultare da possesso o da prescrizione; — e che il possesso s' inizia, o mediante opere *permanenti*, od anche coll'uso discontinuo, e con opere instabili e temporanee, purchè però, in questo secondo caso, il proprietario del fondo inferiore abbia cominciato e continuato a godere, non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo superiore.

« Il principio, ridotto alla sua espressione più generale, si traduce nella seguente formola ed ottiene nuove applicazioni: — l'opposizione formale susseguita da un fatto di acquiescenza, inizia un possesso giuridico *a die contradictionis*. Poniamo: il proprietario del fondo superiore, che già lasciava decorrere le sue acque per naturale declivio a beneficio delle terre inferiori, intraprende nuove opere per deviarle: il proprietario inferiore gli fa intimare un atto formale perchè desista e rimetta lo stato dei luoghi nella forma anteriore; l'intimato desiste dall' impresa; da queste punto la forma dei luoghi che prima era un declivio naturale, opera della natura, diventa un'opera artificiale, un'opera dell'uomo, essendo oramai il prodotto della volontà del proprietario inferiore che ne gode il vantaggio, e alla cui intimazione si arrese l'altro esecutore del volere di lui: — *Qui per alium facit, per semetipsum facere videtur*. Lo stesso avviene giuridicamente, se chi gode il prospetto si oppone con atto formale all'alzamento della casa intrapresa dal vicino, e questi desiste. L'opposizione formale obbedita inizia a favore dell'opponente un possesso giuridico anche di una servitù negativa. Questo principio, già applicato (benchè in figura inversa ad una specie particolare) nell'art. 637 del Codice Civile, trovasi espressamente, benchè indirettamente, enunciato e sancito dallo art. 631, il quale, poste a raffronto le servitù affermative e le negative, definisce come e quando si inizia il loro possesso. Nelle

Digitized by Google

servitù affermative (dice la legge) il possesso utile per la prescrizione si computa dal giorno, in cui il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitarle sul fondo serviente; nelle servitù negative il possesso comincia dal giorno della *proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo serviente per contrastargli il libero uso del medesimo* (art. 631). Questi principii modificano inevitabilmente la disposizione dell'art. 630; e forse l'imperfetta redazione avvenne, perchè i concetti espressi nei due articoli non nacquero ad un punto, o certo non furono presenti nello stesso punto, uno di riscontro all'altro, alla mente del legislatore; ma benchè non si sieno riscontrati, i due concetti nulla perdono della loro realtà, creata dal pensiero e dal volere legislativo, e debbono quindi modificarsi per coesistere. »

E, dopo aver fatto riserva di trattare in altra occasione un tale tema, Pescatore soggiunge: « Intanto io dico, che per disposizione formale della legge l'opposizione dell' interessato inizia un possesso giuridico pel fatto della tacita acquiescenza, che ne sia seguita; e se pertanto il *giudice del possessorio può consultare il documento constatante l'opposizione* (atto unilaterale), *sarebbe troppo ripugnante alla logica del diritto* (iuris rationi) *che non avesse facoltà (nella specie proposta nell'esordio di questa scrittura* (1)*) di consultare il titolo convenzionale* (atto bilaterale), *da cui risulti espressamente costituita la servitù.* »

Se poi uno fosse turbato nel godimento dell'acqua, che scorra nel suo fondo per naturale declivio, dal fatto di un terzo non proprietario del fondo, sul quale esiste la sorgente, potrebbe sempre agire in possessorio senza bisogno di stabilire nel suo possesso quei caratteri, che la legge come avanti richiede nei rapporti del medesimo col proprietario della sorgente.

§ IV.

119. Dalla legge risulta infine stabilita una limitazione al libero esercizio e disponibilità della sorgente, determinata da un motivo

(1) Accenna alla facoltà pria dimostrata di consultare gli atti costitutivi di una servitù discontinua.

Digitized by Google

di interesse generale. Il proprietario non può in effetto deviarne il corso a danno della popolazione di un Comune o di una frazione di esso, che ne abbia bisogno, salvo il diritto ad una indennità, ove manchi il titolo di acquisto o non ne tenga luogo la prescrizione (1). È questa una servitù, che, destinata a provvedere ad un grave bisogno delle popolazioni, deriva da una specie di spropriazione stabilita dalla legge per utilità pubblica.

Però il proprietario della sorgente non è obbligato *a fare*, ma solo a *permettere* che si *faccia* nei limiti del bisogno. Il Comune dovrà perciò compiere a sue spese i lavori opportuni per condurre l'acqua sul suolo proprio e renderla accessibile agli abitanti; e questi lavori, nei limiti della necessità, il proprietario della sorgente dovrà anche permettere sul proprio fondo. Non sarebbe mai per altro lecito agli abitanti di portarsi alla fonte per attinger acqua, raddoppiando la servitù con un passaggio, salvo vi sia a tale oggetto uno speciale diritto acquisito.

Il Codice Civile Albertino ed altri Codici anteriori parlavano di *abitanti di un Comune, villaggio* o *borgata;* il Codice italiano con maggior esattezza ne espresse il concetto; in quanto che ogni villaggio o borgata facendo parte di un Comune, più semplice e precisa è la dizione di *un Comune o di una frazione di esso;* e inoltre diede una maggiore estensione al beneficio, che intese impartire. Vuole, invero, la legge una aggregazione d'uomini, non dovendosi una restrizione alla proprietà per una causa di pubblica utilità estendere ad una qualche isolata abitazione o ad un interesse individuale; ma la dizione *frazione di Comune* significa, doversi misurare l'oggetto della benefica disposizione non tanto dal numero degli abitanti, quanto dalla estensione del beneficio. « In certe lande deserte, osserva Borsari (2), ove non siano villaggi o borgate, possono trovarsi qua e là case coloniche, rustici casolari e stalle di animali condannati all'arsura, mancando acque potabili e sane; e in tal guisa può essere interessato un territorio abbastanza esteso per superficie e non per numero, e gran parte del sistema agricolo di un Comune. »

(1) *Cod. Civ.*, art. 542.
(2) *Comm.*, art. 542, § 1098.

Digitized by Google

La legge poi, avendo in tal parte per movente il bisogno della vita degli uomini e degli animali, non può estendersene l'applicazione ad altro interesse agricolo, e così all'irrigazione dei beni. — E, trattandosi di un diritto *d'uso*, il proprietario della sorgente non viene privato della sua proprietà e così dell'esercizio dei relativi diritti, ma deve però servirsene in modo moderato e nei limiti del rispetto dovuto ad una servitù determinata da un eminente principio di grande utilità. Perciò non sarebbe lecito al proprietario di consumare le acque a tutto suo profitto e tanto meno di sopprimerne o deviarne il corso; ma solo di disporne per quanto non sieno necessarie ai detti bisogni. E, ove nasca questione circa alla misura di questi bisogni e della corrispondente quantità d'acqua, spetta all'autorità giudiziaria di statuire; ma nei giudizi possessorii la modalità è determinata dal possesso oltreannale.

Se quindi il proprietario della sorgente ne devia il corso, o lo altera a danno del Comune o sua frazione, al municipio compete l'azione possessoria contro del medesimo. Ed il pretore deve mantenere il Comune nel possesso oltreannale, quand'anche non si fosse pagata alcuna indennità e non si fosse prescritta la relativa azione, dovendo il pretore limitare le sue indagini al possesso. Il conoscere se sia o non dovuta l'indennità e quale possa esserne la misura, spetta al giudice del petitorio.

§ V.

120. Il diritto di proprietà delle acque, che sorgono e scorrono in un fondo, trova pure una limitazione nell'art. 545 del Codice Civile, che, subordinando il diritto privato al pubblico sociale interesse, stabilisce che il proprietario o possessore delle acque può bensì servirsene a suo piacimento ed anche disporne a favore di altri, ove non osti un titolo o la prescrizione; ma dopo essersene servito non può divertirle in modo che si disperdano in danno di altri fondi, a cui potessero profittare, senza cagionare rigurgiti od altri pregiudizi agli utenti superiori, e mediante un

Digitized by Google

equo compenso da pagarsi da chi vorrà profittarne, ove si tratti di sorgente o di altra acqua spettante al proprietario del fondo superiore (1).

La legge, parlando di *proprietari* o di *possessori*, estese l'obbligo, di cui in detto articolo, anche agli usufruttuari e ad altri simili possessori. E, a parità di ragione, vuolsi indurre che il diritto di impedire la diversione delle acque compete eziandio a questi stessi possessori.

Ove più fondi possano profittare dell'acqua della sorgente, bastando essa ai loro bisogni, il diritto si estende a tutti i possessori di tali fondi. Per contro, se l'acqua è solo sufficiente ad un fondo, può il proprietario della sorgente, per quanto eccede i proprii bisogni, concedere l'acqua a chi meglio crede. — E invero, alla sua ragione di proprietà l'art. 545 non arreca altra limitazione, salvo quella del divieto di disperderla in altrui danno (2).

Il proprietario intanto di un fondo, il quale da oltre un anno possegga e usufrutti l'acqua a senso di detto art. 545, può agire in via possessoria per la manutenzione, quando il possessore delle acque, dopo di essersene servito, le scarichi nelle strade o le diverga altrimenti in modo da disperderle in di lui pregiudicio. Il giudice gli dovrebbe concedere la manutenzione, senza indagare se abbia pagato un adeguato corrispettivo nei casi specificati dalla legge.

121. Nel novero delle servitù, derivanti dalla situazione dei luoghi, la legge pone quella delle opere a favore di coloro, che hanno diritto alla difesa dei loro fondi dalle acque.

Questa servitù, il cui oggetto principale è l'utilità privata, ma che pur risponde ad esigenze d'interesse pubblico, consiste nell'obbligare il proprietario del terreno, su cui devono eseguirsi

(1) Conforme a questa disposizione era la giurisprudenza piemontese.

V. Decis. 30 maggio 1686, ref. TORRINI-BIANZÈ c° CRESCENTINO; 13 giugno 1731 ref. DEMORRA-AMBROSIO c° FALLETTI; e 5 febb. 1799 ref. CAPPA-CALORI c° MOSSI (DUBOIN, tom. VIII), e le *RR. CC.*, § 5, tit. 7, lib. 6.

(2) La regola generale, secondo cui nelle controversie che insorgono devesi conciliare l'interesse dell'agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla proprietà, ed in tutti casi osservare i regolamenti particolari e locali sul corso delle acque, trova anche quivi, come in tutti gli altri consimili casi, la sua applicazione (art. 544).

Digitized by Google

le opere di difesa e di riparazione, a permetterne l'effettuazione, e nell'obbligare i proprietari, a cui le opere tornano di vantaggio, a contribuire nelle spese in ragione di utilità.

Le relative disposizioni sono contenute negli articoli 537, 538 e 539 del Codice Civile (1).

« Se le sponde o gli argini, che erano in un fondo e servivano di ritegno alle acque, siano stati distrutti od atterrati, o si tratti di ripari che la variazione del corso delle acque renda necessari, ed il proprietario del fondo stesso non voglia ripararli, ristabilirli o costruirli, possono i proprietari danneggiati, o ché ne fossero in grave pericolo, farvi a proprie spese le occorrenti riparazioni o costruzioni. Devono però le opere eseguirsi in modo che il proprietario del fondo non ne patisca danno, premessa l'autorizzazione giudiziaria, sentiti gl'interessati ed osservati i regolamenti speciali sulle acque (art. 537).

« Lo stesso ha luogo quando si tratti di togliere un ingombro formatosi in un fondo, o in un fosso, rivo, scolatoio od altro alveo per materie in essi impigliate, sicchè le acque danneggino o possano danneggiare i fondi vicini (art. 538).

« Tutti i proprietari ai quali è utile la conservazione delle sponde e degli argini, o la rimozione degl'ingombri accennati nei due precedenti articoli, potranno essere chiamati ed obbligati a contribuire alla spesa in proporzione del vantaggio che ciascuno ne ricava, salvo in tutti i casi il risarcimento dei danni e delle spese verso chi avesse dato luogo alla distruzione degli argini od alla formazione degl'ingombri anzidetti (art. 539). »

Queste disposizioni di tutela delle proprietà contro l'azione nociva delle acque, suggerite da evidente utilità ed equità, sono sostanzialmente fondate sui due equissimi principii di ragione

(1) Il concetto, cui si informarono tali articoli di legge è antico (ULPIANO, lib. LXVIII) *Framm. 10 De ripa munienda; Leg.* 2, §§ 5, 6 e 11, *Dig., De aqua et aq. pluv. arc.*) — Il *Codice francese* tacque affatto in proposito, e la giurisprudenza dovette cercare lo scioglimento delle questioni relative nel diritto romano. Il *Codice Albertino* e i *Codici ticinese* ed *estense* riempirono siffatta lacuna del Codice francese; e conformemente ad essi ne determinò le norme il *Codice italiano.*

La *Legge* 20 marzo 1865, all. F, sui *lavori pubblici* contiene speciali disposizioni di pubblico interesse, le quali sono in perfetta armonia colle disposizioni, che il Codice consacrò nell'ordine del diritto privato.

Digitized by Google

naturale — *Quod uni prodest et alteri non nocet facile est concedendum;* e *Qui commodum sentit, incommodum patiatur oportet* (1).

Non occorre in questo libro uno sviluppo teorico-pratico dei principii sanzionati coi detti articoli, potendo difficilmente nascere casi che diano luogo all'azione possessoria, se pur si eccettua quello in cui uno s'introduca nel fondo altrui e faccia atto di padronanza colla formazione di alcune di dette opere, contro la volontà del proprietario e senza l'autorizzazione prescritta dal primo di detti articoli. — Può in tal caso l'arbitrario atto considerarsi come un turbamento di possesso e autorizzare l'azione possessoria.

§ VI.

122. Sono infine comprese nelle servitù, di cui si tratta, le ragioni dei rivieraschi sulle acque correnti.

Secondo l'art. 543 del Codice Civile, il proprietario, il cui fondo costeggia un'acqua che scorre naturalmente e senza opere manufatte, tranne quella dichiarata demaniale dall'art. 427, o sulla quale altri abbia diritto, può, mentre trascorre, farne uso per la irrigazione dei suoi fondi o per l'esercizio delle sue industrie, a condizione però di restituirne le colature e gli avanzi al corso ordinario. — Quello, il cui fondo è attraversato da quest'acqua, può anche usarne nell'intervallo in cui essa vi trascorre, ma coll'obbligo di restituirla al corso ordinario, mentre esce da' suoi terreni.

La legge provvede per tal modo, affinchè questo elemento di ricchezza non si sperperi, ma rechi ogni maggior vantaggio possibile, senza lesione di alcun diritto. Essa comprende, senza distinzione di qualità e di origine, qualunque specie di acque cadenti dal cielo, sorgenti dalla terra o procedenti da scoli, quando lasciate in balía di sè seguono le inclinazioni e le depressioni dei terreni, e naturalmente raccogliendosi sogliono formarsi un letto e scorrere in quello anco per lunghissimo tratto.

(1) DURANTON, *Note* VIGLIANI alla *traduzione*, tom. 3, pag. 214.

Digitized by Google

A questa condizione di corso naturale, senza opere manufatte, è allegato il diritto dei rivieraschi; poichè, se appare il lavoro dell'uomo, ivi si rivela il concetto della proprietà, di cui il lavoro è causa ed effetto (1).

Per opere manufatte s'intendono quelle, che servono a dare un corso ed una direzione alle acque, che, senza la mano dell'uomo, non avrebbero avuto. Se però, dopo il primo impulso dato al corso delle acque, abbiano queste per un naturale pendío continuato a scorrere attraverso i terreni con una libera e propria azione, il loro corso non sarebbe meno naturale; giacchè, cessata l'azione dell'uomo in un dato punto, l'acqua sarebbe stata restituita alla libertà, e se ne potrebbe usare senza offendere i diritti di alcuno. Aggiunge anzi Borsari, che non sempre le opere manufatte, che si incontrano lungo il corso, gli dànno qualità di artificiale, imprimendovi il suggello della altrui proprietà. Se non v' ha acquedotto continuato e i lavori non hanno altro scopo, che di agevolare il corso, di obbligare le acque a tenersi unite, impediendone la dispersione, oppure lo scopo d'immettervi le acque piovane, che formerebbero qua e là pozze stagnanti, questi lavori non avrebbero un significato contrario alla indipendenza del corso (2).

Vuolsi, per contro, notare che l'interruzione dell'acquedotto non costituisce l'abbandono del corso artificiale, se in quel tratto non occorre alcun lavoro, per essere il canale difeso da sponde naturali, da roccie e simili; cosicchè l'acqua rientri nel canale manufatto e finisca in privata proprietà.

123. Non cessa un canale d'acqua naturale di essere tale per l'immissione in esso d'acque di canali artificiali, o delle acque di semplice scolo provenienti dall'irrigazione dei beni superiori, le quali vi decadono naturalmente.

Dionisotti fa a tale proposito alcune savie osservazioni, corredate dall'autorità di giudicati (3).

« Quand'anco le acque, da cui è formato ed alimentato il

(1) Borsari, *Comm.*, art. 543, § 1102.

(2) Borsari, *cit. luog.*

(3) *Delle servitù delle acque*, lib. II, cap. 11, sez. 3, § 5; *Sentenza Casale*, 10 agosto 1841; *Torino*, 23 giugno 1817.

Digitized by Google

rivo, fossero in origine di privata proprietà, come lo sono le sorgenti e le colaticcie, desse però, al pari delle pluviali, cambiano di qualità, tostochè i proprietari le lasciano decorrere naturalmente dai loro beni; e restano dette acque o comuni fra i coerenti, se scorrono in un rivo, o demaniali se vanno in un fiume o torrente. Imperciocchè, se il proprietario ha il diritto di usare di dette acque sinchè le possiede, non si estende però sino al punto di riprenderle, dopo di averle lasciate cadere in un rivo dove corrono naturalmente.

« Non havvi contraddizione tra l'art. 543 e l'art. 540 del Codice Civile, poichè le ragioni col secondo articolo attribuite ai proprietari della sorgente durano, finchè essi usano delle loro acque nei proprii fondi, o le divertiscono altrove con opere manufatte; ma dette ragioni cessano e subentra l'art. 543, tutta volta che le acque sono dai proprietari lasciate alla naturale loro tendenza; poichè in tal caso cessano di essere di esclusiva proprietà di uno dei coutenti. »

124. Le acque pluviali, non avendo che una esistenza accidentale ed incerta, non sono suscettive di esclusivo possesso, dovendosi considerare come *res nullius*, cadenti nel dominio del primo occupante.

Se però questa regola è applicabile alle acque, che, cadendo dal cielo e non venendo assorbite dalla terra, scorrono sulla superficie del suolo, senza un corso regolare, non la sarebbe più relativamente alle acque piovane, le quali, a misura che cadono, vengono ad avere un corso determinato, a prendere una direzione regolare raccogliendosi in un letto destinato a riceverle, per esempio in un fosso della pubblica via. In questi casi esse sono suscettive di un possesso legale, concorrendovi i requisiti voluti; e relativamente all'uso che possono farne i proprietari dei fondi costeggianti devono considerarsi come acque correnti nel senso dell'art. 543. — Possono perciò, come le acque correnti, dare luogo all'azione possessoria (1).

(1) *Cassazione di Torino*, 23 aprile 1856 (*Giur. ital.*, vol. VIII, 1, 462); *Cassazione di Napoli*, 1° marzo 1873; *La Giur.*, 1873, pag. 320; *Corte d'Appello di Casale*, 7 giugno 1852 (*Giur. ital.*, vol. IV, 2, 566).

Corte d'Appello di Torino, 2 aprile 1872 (*Giornale delle Leggi*, anno 3°, pag. 278 ed anno 5°, pag. 142); MANTELLI, vol. 10, pag. 262 e seguenti.

Digitized by Google

Il proprietario quindi di un fondo che costeggia la via pubblica, ove scorrono le acque pluviali, può deviarle nel suo fondo e servirsene mediante bocchetti e paratoie nel muro di cinta, o con altre adatte opere visibili e permanenti; e il proprietario di un fondo sottostante non può in alcun modo impedire tale uso a chi gli è superiore. — Se perciò di suo arbitrio egli cangia lo stato dei luoghi, rimuove le opere stabili, che facilitano la introduzione delle acque nel fondo superiore, o costruisce argini per dirigere l'acqua nel fondo inferiore, egli attenta all'altrui possesso; epperciò il proprietario del fondo superiore può ottenere che le cose vengano rimesse *in pristinum*, coll'azione di reintegrazione o di manutenzione, secondo i casi (1).

125. A termini dell'art. 543 del Codice Civile, spettano pertanto le acque naturalmente correnti ai possessori di fondi costeggiati od attraversati, i quali, mentre trascorrono, possono farne uso per l'irrigazione dei loro beni o per l'esercizio delle loro industrie, sotto la condizione precisata in detto articolo (2).

Non può però il rivierasco servirsi di quest'acqua corrente naturalmente, a senso di detto articolo, per irrigare fondi, che non costeggiano il corso d'acqua, nè sono contigui a questi, ma staccati dai fondi costeggianti per l'intermedia proprietà altrui (3).

La regola generale, che dà la facoltà al rivierasco di far uso dell'acqua che costeggia il suo fondo, mentre vi trascorre, è pur soggetta a due eccezioni: l'una risguarda le acque dichiarate demaniali dall'art. 427; l'altra le acque sulle quali altri abbia diritto (4).

(1) *Giornale delle Leggi*, anno 5°, pag. 142.

(2) *Leg.* 1, § 16 e 3; *Dig.*, *De aqua quot.*; *Leg.* 2; *Dig.*, *De flum.*; *Leg.* 17, *De servit. præd. rust.*

Il *Cod. francese* ed il *Cod. Alb.* limitavano (cogli art. 644 e 558) l'uso dell'acqua alla irrigazione. E nacque il dubbio se la disposizione fosse tassativa o solo indicativa. — Il *Cod. ital.* risolse quindi saggiamente la questione coll'art. 543.

(3) *Corte d'Appello di Torino*, 19 febbraio 1875; *La Giur.*, 1875, pag. 357.

(4) Il *Cod. francese* ed il *Cod. Alb.* non contenevano questa seconda eccezione relativa ai diritti che altri abbiano acquistato sulle acque. Essa venne introdotta dalla Commissione del Senato del Regno onde togliere ogni dubbiezza, come pure avevano fatto i Codici ticinese ed estense. La giurisprudenza del resto aveva già accolto il principio, desumendolo dalle regole generali del diritto.

V. Relaz. della Commiss. Senat., a pag. 22.

Digitized by Google

Risulta poi dalla disposizione di detto articolo che la condizione del proprietario del fondo attraversato da dette acque è diversa, ed è più favorevole di quegli, i cui fondi sono dalle acque costeggiati, avendo diritti maggiori ed obblighi minori.

In effetto, chi costeggia l'acqua può solo farne uso per la irrigazione dei fondi, a condizione di rispettare le ragioni dei proprietari inferiori e di quelli della sponda opposta, e di non alterare il corso delle acque, i cui avanzi deve restituire al corso ordinario; e colui a vece, il fondo del quale è attraversato, può usarne nell'intervallo del trascorrimento sul suo fondo, e così usarne nel modo il più ampio, anche mediante opere manufatte, che ne alterino lo stato e cambino il corso, purchè non rechi nocumento ai proprietari superiori, ai cui soli diritti deve aver riguardo; e purchè la restituisca al corso ordinario, mentre esce dal suo terreno.

Non è però vietato al rivierasco di fare, nella parte che gli appartiene, le opere necessarie alla derivazione, purchè non rechi pregiudicio ai rivieraschi inferiori od a quelli dell'altra sponda.

126. Il non uso non estingue il diritto dei rivieraschi; giacchè *in facultativis non currit præscriptio.* Perciò, se uno dei rivieraschi superiori, dopo un lungo non uso, se ne servisse, il proprietario inferiore non potrebbe opporvisi, nè intentare l'azione possessoria per turbamento del suo possesso, salvo il caso che esso avesse fatto sul fondo del proprietario superiore opere visibili e permanenti, atte a dimostrare l'intenzione di togliere a questo la facoltà dell'uso dell'acqua, e così di una presa di possesso all'oggetto d'imporvi una servitù.

I due proprietari confrontisti, avendo uguale diritto, devono avere promiscuamente o alternativamente l'uso delle acque, salvo vi sia titolo o possesso prescrittivo, che disponga altrimenti.

Ove quindi il proprietario d'una sponda deviasse il corso delle acque o ne usasse a danno dell'altro, contro il solito praticato, e col turbamento del possesso oltreannale, potrebbe aver luogo l'azione possessoria.

La legge accordando soltanto l'uso dell'acqua, mentre trascorre lungo la riva del fondo, non potrebbe il proprietario di questo

Digitized by Google

praticare una derivazione in un punto superiore della corrente, onde prendervi le acque, che non potesse derivare altrimente.

Tanto al proprietario del fondo, in cui facesse i lavori, quanto ai proprietari dei fondi inferiori, ai quali senza questa innovazione profitterebbe l'acqua, sarebbe concessa l'azione possessoria per turbato possesso.

Potendo il rivierasco servirsi dell'acqua per l'irrigazione dei beni o per l'esercizio delle sue industrie, ne segue che, ove per scemata quantità d'acqua nel rivo o per mutata coltura del suo fondo la assorbisse, potrebbe muoverne querela il confrontista, i cui diritti e possesso fossero lesi, non però il proprietario inferiore. Ben diversa sentenza dovrebbe proferirsi, se la disperdesse o ne disponesse a favore d'altri, avendo gl'inferiori ragione di opporsi ad ogni abuso, malgrado il diritto di usare dell'acqua loro competa soltanto dopo i possessori dei fondi superiori.

Le convenzioni, del resto, e la prescrizione compiutasi secondo la legge possono certamente modificare questi rapporti giuridici, e nelle questioni possessorie si deve valutare la maniera del godimento determinato dal possesso oltreannale anteriormente ai fatti turbativi. — E potrebbero anche essere consultati i regolamenti particolari e locali, ove esistano, all'oggetto di rischiarare il possessorio.

127. La Corte di Cassazione di Palermo, con sentenze 6 novembre 1866 e 7 febbraio 1871 (1), sanzionò alcuni degli svolti principii.

Colla prima di dette sentenze stabilì che è sempre ed a tutti permesso l'uso delle acque, che si fa dai proprietari rivieraschi, senzachè l'uno possa opporre all'altro il possesso annale in giudicio possessorio. I proprietari rivieraschi hanno la facoltà di servirsi delle acque, che scorrono lungo il loro fondo, a termini di legge: e, trattandosi di diritti puramente facoltativi, il non uso non nuoce, poichè può sempre ciascuno metterli ad esperimento a suo libito. Ammettendo la teoria contraria, ne sorgerebbe che i proprietari rivieraschi inferiori, fatto uso per lo spazio di un anno delle acque che scorrono lungo il loro fondo,

(1) *Giur. ital.*, vol. XVIII, 1, 831. — *La Giur.*, 1872, pag. 336.

Digitized by Google

toglierebbero per sempre ai proprietari rivieraschi superiori la facoltà di usarne, risalendo sino alle più remote sorgenti del fiume; o ne conseguirebbe che i proprietari superiori avrebbero facoltà d' interdire entro l'anno ai proprietari rivieraschi inferiori il diritto di usare delle acque; e ciò in opposizione manifesta alla legge. L'uso adunque delle acque per parte dei proprietari rivieraschi è sempre permesso ed a tutti, senzachè l'uno possa opporre all'altro il possesso annale in giudicio possessorio.

Coll'altra sentenza dichiarò che, a senso dell'art. 543 del Codice Civile, il diritto attribuito ai proprietari dei fondi, costeggiati da un'acqua scorrente naturalmente e senza opere manufatte, è un diritto comune a tutti coloro, i quali trovansi in condizione uguale di avere i loro fondi contigui ad un corso naturale d'acqua. Così, il proprietario superiore non potrà fruirne illimitativamente, nè esaurire l'intero volume dell'acqua, ma solo usarne mentre trascorre. E se il proprietario di una sorgente abbandona le acque al loro pendío naturale e lascia che, uscendo dal suo fondo, si confondano con altre di provenienza aliena, fluenti per un burrone o condotto, su cui nessuno dei fondi contigui può vantar diritto di proprietà esclusiva, svanisce il diritto del proprietario sulla sorgente, nè gli resta che l'uso delle acque nei limiti concessi ai rivieraschi. I proprietari rivieraschi sono fra loro, in ragione dell'estensione dei fondi da loro posseduti, consoci nell'uso dell'acqua che scorre costeggiando questi fondi; quindi nessuno potrà servirsene contro gli interessi della società, o in modo che impedisca a' suoi soci di servirsene anch'essi secondo il loro diritto.

Digitized by Google

SEZIONE QUARTA

Servitù legali. — Continuazione.
Muri, edifizi e fossi comuni, distanze legali, opere intermedie e scavamenti.
Prospetto. — Stillicidio.

---

§ 1.

128. Le servitù legali determinate dalle varie disposizioni, contenute nei §§ II, III, IV, V e VI del Cap. II, Tit. III, Lib. II del Codice Civile, sono pure dettate da motivi d'interesse generale, sebbene abbiano per oggetto speciale l'utilità dei privati. Esse possono dividersi in tre classi, cioè:

1° Le une consistono nel diritto di obbligare il vicino a fare qualche cosa; per esempio, a concorrere nella spesa di costruzione o riparazione di un muro di cinta, che separi le rispettive case, cortili o giardini nelle città e sobborghi (art. 559);

2° Altre consistono nel diritto di costringere il vicino a soffrire qualche cosa, come nei casi accennati agli articoli 592, 593 e 598;

3° Ed altre, infine, consistono nel diritto di impedire un proprietario di fare nel suo fondo qualche cosa; ad esempio, di fare piantamenti e di aprire vedute a prospetto, senza la prescritta distanza (art. 587).

Quelle, tra dette servitù, che consistono nel diritto di obbligare il vicino a fare o a soffrire qualche cosa, sino a che non sono tradotte in atto, in modo da potere produrre un diritto suscettibile di possesso reale, non potrebbero in caso di contestazione dar luogo ad altro giudicio fuori del petitorio. — Quelle però, che hanno per oggetto d'impedire il vicino di far qualche cosa, possono sempre autorizzare l'azione possessoria, quando il proprietario del fondo, a cui vantaggio è stabilita la servitù, è turbato pei lavori del vicino nell'esercizio di uno dei diritti, che la legge attribuisce al suo fondo. Il possesso reale

Digitized by Google

di questo proprietario consiste nella ragione di godere con piena libertà il proprio fondo, e conseguentemente di impedire che il vicino attenti a questa pienezza del suo possesso.

Alcuni esempi serviranno a dimostrare i vari casi, in cui può esercitarsi l'azione possessoria, come si vedrà in seguito.

§ II.

129. La comunione di muri, edifizi e fossi è di una natura affatto speciale sia quanto alla indivisibilità, che al modo di prova, agli effetti ed anche al mezzo di acquistarla; nel resto è retta da principii conformi a quelli della comunione ordinaria. — Niuno può essere costretto a rimanere in comunione, potendo in ogni tempo chiedere la divisione; ma la comunanza di cui si tratta è forzosa, nessuno dei comproprietari potendo farla cessare provocando la divisione. Solo coll'abbandono del diritto di comproprietà a favore del condomino, uno può sciogliersi da essa. È anche forzosa nel senso che uno può essere costretto, in certi casi, a rendere comune un muro suo proprio. La legge chiama le obbligazioni derivanti da questa comunione o comproprietà indivisa servitù legale, considerandole come limitazioni imposte all'esercizio del diritto di proprietà dell'uno rispetto allo eguale diritto dell'altro. — Sono però sostanzialmente una vera comproprietà *pro indiviso*, eccettuati i diversi piani dell'edifizio.

L'art. 546 stabilisce che ogni muro, il quale serve di divisione tra edifizi sino alla sua sommità, e in caso di altezza ineguale sino al punto, in cui uno degli edifizi comincia ad essere più alto, ed altresì ogni muro, che serve di divisione tra cortili, giardini ed anche tra recinti nei campi, si presume comune, se non vi è titolo o segno in contrario; e l'art. 547 indica i segni, che determinano od escludono la comunione.

Il vicino pertanto, il quale sia turbato nel possesso di un muro presunto comune, mediante lo stabilimento di segni, che escludano la comunione e indichino a vece la esclusiva proprietà nell'autore di detti segni, può entro l'anno agire in possessorio, onde ne sia ordinata la distruzione.

Digitized by Google

Giovano a tale oggetto alcune considerazioni. Secondo il citato art. 546, la presunzione di comunione cessando, se vi è titolo o segno in contrario, la prescrizione deve essere annoverata fra i titoli legittimi, che attribuiscono la proprietà esclusiva d'un muro? Se un vicino tollerò pel corso di trent'anni, che per parte dell'altro si facessero opere o atti, i quali escludano ogni idea di comunione sul muro, a cui la presunzione di legge attribuisce questa qualità, se per parte sua egli non ne fece alcun uso, non v' ha dubbio che la prescrizione attribuisce in tal caso la proprietà esclusiva del muro, distruendo la presunzione di comunione. Ed in effetto, la comproprietà non togliè che uno possa acquistare in via di prescrizione i diritti del suo comproprietario, quando, cioè, i fatti sono talmente precisi, da doverne conchiudere che il primo possedette realmente a titolo di esclusiva proprietà l'intiera cosa, e volle così anche la parte dell'altro.

È perciò necessario all'uopo che i fatti sieno affatto differenti da quelli, che possono farsi in forza della comunione. Però l'apertura di una finestra od incavo, che un comproprietario faccia nel muro comune, non si ritiene sufficiente, per quanto di data antica, ad attribuirgli la proprietà esclusiva del muro; in quanto che esso non acquisterebbe che il diritto di conservare queste aperture od incavi, a titolo di servitù, anzichè di proprietà. Se però uno dei comproprietari avesse rifabbricato il muro e l'altro avesse osservato per trent'anni il silenzio, non si potrebbe diniegare al primo l'acquisto della proprietà esclusiva del muro per mezzo della prescrizione.

Pardessus (1), riconoscendo detta verità legale in ordine alla prescrizione, esprime però l'opinione che la presunzione legale di comunione e gli effetti della medesima non potrebbero venire paralizzati da un semplice possesso annale, per quanto precisi, e legittimi ne sieno i caratteri. Affinchè il possesso (egli dice) possa produrre l'acquisto della proprietà esclusiva, richiedesi il decorso del tempo e l'adempimento delle condizioni volute dalla legge al titolo delle prescrizioni, ed anzi, quando anche, in ipotesi, uno dei vicini avesse ottenuto in possessorio un giudicato, che lo avesse mantenuto in possesso della proprietà del muro divisorio, l'altro potrebbe instituire l'azione

(1) N° 161.

Digitized by Google

petitoria, senza necessità di produrre documenti, avendo un titolo nella presunzione legale di comunione, che solo cede alla prova contraria.

Ma questa opinione è a ragione combattuta da Duranton (1). « I principii, egli osserva, che regolano gli effetti del possesso annale, insegnano che uno di questi effetti si è quello di obbligare l'avversario di chi può invocarlo a provare che, quantunque egli non abbia il possesso, abbia però il diritto di proprietà. La presunzione vuole, è vero, ehe il muro sia comune; ma perchè il possesso annale non distruggerà questa presunzione, come la distrugge negli altri casi? — La comunione altro non significa, se non che ciascnno dei vicini è padrone della metà *(pro regione)* del muro. Ora, se il possesso annale di tutto un fondo vicino, fino a prova contraria, ne fa presumere proprietario il possessore, non si vede il perchè il possesso di una parte di questo fondo, di una parte del muro in una parola, non lo farebbe ugualmente presumere proprietario di questa parte sino a prova contraria.

« Si dice che la legge non fa cedere la presunzione di comunione che ai titoli e segni contrari; e noi rispondiamo che la legge la fa cedere al titolo di proprietà; e la proprietà si presume sempre in favore di chi ha un possesso annale regolare. Non vi ha differenza, sotto questo rapporto, tra il possesso trentennario (il quale esclude la comunione secondo gli stessi avversari), ed il possesso annale, se non in quanto l'effetto di questo può essere distrutto dalla prova contraria in petitorio; laddove l'effetto di quello è assoluto, definitivo. »

Aggiunge inoltre che la legge presume altresì che un fondo sia libero da ogni servitù, e nondimeno, se un vicino acquista il possesso annale di una servitù su questo fondo, della natura di quelle che possono acquistarsi colla prescrizione, spetta al proprietario del fondo il distruggere in petitorio colla prova della libertà l'effetto di questo possesso (2); e si può tuttavia

(1) Tit. III, cap. II, sez. II, n° 314.

(2) Della controversia in ordine a chi spetti in detto caso la prova del petitorio si tratterà a suo luogo, e in senso diverso dalla sovra esposta considerazione dell'illustre autore.

Digitized by Google

ugualmente dire che la presunzione della libertà del fondo non cede che ad un titolo di servitù od alla prescrizione, poichè le servitù derivanti dal fatto dell'uomo non si stabiliscono che con uno di questi due modi, o colla destinazione del padre di famiglia, che serve di titolo in alcuni casi. Vi ha dunque parità di ragione nelle due fattispecie, e quindi uguale dev'essere la decisione.

Altri atti di turbamento possono pure accadere in ordine al compossesso della cosa comune, nei casi di opere pregiudicievoli e contrarie alle disposizioni degli articoli 551 e seguenti, e dare conseguentemente ragione di ricorrere ai rimedi possessorii a tutela del possesso. Non basta però il danno a costituire il turbamento, ma richiedesi un fatto che leda le ragioni stabilite dalla legge o dal titolo; giacchè *Qui jure suo utitur nemini iniuriam facit.* Ogni comproprietario può alzare il muro comune sotto le condizioni stabilite dall'art. 553; e non può impedirsegli tale facoltà per ciò solo che possa derivarne danno al vicino, perchè turbi, ad esempio, il possesso di quella pienezza d'aria e di luce, di cui prima godeva il costui fondo. E invero, allora solo detta facoltà spettante al comunista rimane paralizzata, quando risulta competere all'altro comunista il diritto di vietargliene l'esercizio, per essere il muro gravato dalla servitù *altius non tollendi.*

In ordine a simili servitù negative v'ha divergenza d'opinione in tema di azioni possessorie. — Per opporsi all'opera, dicono alcuni, e chiederne la distruzione è d'uopo di stabilire nell'attore il diritto di vietarle, e così l'esistenza della conseguente servitù a carico di chi praticò l'opera; e quindi, generalmente, si ritiene che il *jus prohibendi* non può essere oggetto di azione possessoria, siccome non appoggiato a segni di possesso.

Belime (1) osserva che le servitù, le quali consistono *in non faciendo,* non sono in realtà suscettive di alcun possesso, giacchè il loro esercizio non presuppone atti di godimento d'alcuna specie: esse mirano unicamente ad impedire un qualche fatto sul fondo serviente. Se il giudice di pace volesse giudicare in una causa

(1) *Possess.,* n° 265. — *V.* n° 105.

Digitized by Google

di simil genere, è evidente che non potrebbe ricavare alcun lume dalla ricerca dei fatti di questo possesso; egli non potrebbe giudicare che a termini e all'appoggio del titolo, ciò che gli è vietato dalla legge.

La Corte di Cassazione di Torino con sentenza 23 giugno 1875, conformemente ad altra del 28 luglio 1870 (1), giudicò che le servitù negative, come l'*altius non tollendi*, o quella di proibire un'estrazione d'acqua da un rivo, spiegata in base ad un preteso alto dominio spettante all'attore, non possono dar luogo all'azione di manutenzione, ma debbono farsi valere in sede petitoria, attesochè il *jus prohibendi* non cade sotto i sensi, non si estrinseca in un possesso materiale.

Però la stessa Corte, con sentenza 21 dicembre 1870 (2), proferiva differente giudicio, osservando, vanamente obbiettarsi che le servitù negative godendosi, senza che il proprietario del fondo dominante abbia verun possesso di fatto sul fondo serviente, venga meno ogni ragione di consultare in sede possessoria i titoli valevoli a caratterizzare il possesso, quando non esiste verun possesso. Il vero è, dice la sentenza, che anche nell'uso di una servitù negativa il titolo costitutivo della medesima caratterizza i fatti del godimento materiale avuto del fondo avvantaggiato; dimostrando in questi fatti l'esercizio di un diritto da una parte e l'osservanza di un vincolo reale dall'altra, nel che consiste appunto l'essenza del possesso, quale lo definisce la legge.

In conformità di questo concetto, aggiunge la sentenza, l'art. 637 del Codice Civile dichiara che, anche senza titolo formale e senza opera manufatta sul fondo superiore, la servitù attiva di goderne gli scoli si comincia a possedere e quindi a prescrivere, dal giorno in cui il proprietario del fondo inferiore abbia continuato a goderli, non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo superiore: e più generalmente l'origine del possesso giuridico per sola virtù di opposizione, *a die contradictionis*, senza verun possesso materiale sul fondo serviente, è ammessa nelle servitù negative dall'art. 631, dichiarandosi ivi

(1) *La Giur.*, 1875, pag. 629. — *Giur. ital.*, vol. XXII, 1, 662.
(2) *Giur. ital.*, vol. XXII, 1, 988.

Digitized by Google

che nelle servitù negative il possesso comincia dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo serviente per contrastargli il libero uso del medesimo, quando, ben inteso, il proprietario del fondo serviente, acquietandosi all'inibizione, si sia astenuto dall'uso interdettogli. Or dunque, se non si saprebbe negare al giudice del possessorio annale di accertare, occorrendo, questi fatti e di prendere cognizione di un atto di opposizione unilaterale per caratterizzare i fatti o non fatti che ne derivarono, sarebbe troppo ripugnante *juris rationi;* cioè alla logica del diritto, di negare allo stesso giudice la facoltà di consultare un titolo bilaterale, e ben più formale e caratteristico, quale si è il titolo che abbia formalmente costituita una servitù negativa, stata successivamente goduta e senza contrasto esercitata (1).

§ III.

130. Tutti i fossi tra due fondi si presumono comuni, se non vi è titolo o segno in contrario; ed è segno che il fosso non è comune, se si trova da una sola parte del medesimo il getto della terra o lo spurgo ammucchiatovi da tre anni. Il fosso si presume di proprietà esclusiva di quello, dalla cui parte è il getto della terra o lo spurgo così ammucchiato.

Se quindi il fosso è comune e l'uno dei comproprietari getta, curando il fosso, la terra dalla sua parte, oppure se il fosso spetta ad un solo e l'altro fa scomparire i segni, che dimostrano la speciale proprietà, ed escludono la comunione, oppure questi segni trasporta e converte a suo favore, compete l'azione possessoria al vicino, a cui reca pregiudicio una tale novità, all'oggetto, in un caso, di farsi mantenere o reintegrare nel comune possesso, e, nell'altro caso, di farsi mantenere o reintegrare nell'esclusivo possesso proprio.

Ogni siepe tra due fondi è reputata comune, eccettochè un solo fondo sia cinto, o vi sia termine di confine, o prova in contrario (art. 568). — Una siepe essendo, come il muro, una

(1) *V.* il capo relativo al *cumulo del possessorio col petitorio.*

Digitized by Google

vera chiusura dei fondi e non una semplice separazione, come un fosso, ne viene appunto che è dichiarata comune, eccettochè un solo fondo sia cinto, o vi sia termine di confine, o di prova in contrario, a differenza del fosso, che non cessa di essere considerato comune, quand'anche vi sia un solo fondo in istato completo di chiusura. — E ogni atto di apparente esercizio del diritto di proprietà sulla siepe di spettanza speciale del proprietario di un fondo per parte di chi possiede un fondo contiguo, come, per esempio, lo sbrancamento della siepe e l'appropriazione dei rami, può autorizzare l'azione possessoria di manutenzione.

Una siepe comune può pur essere oggetto di siffatta azione, se l'uno dei vicini esercita su di essa atti di natura tale da farlo considerare come proprietario esclusivo.

131. Anche in ordine alle distanze può darsi azione possessoria. Trattasi di limiti imposti all'esercizio della proprietà, onde evitare ogni danno tra fondi vicini, e le disposizioni degli articoli 571 e seguenti sono appunto dirette ad impedire che coll'esercizio immoderato del diritto di proprietà si rechi nocumento ad altri. Ogni fatto quindi, che contravvenga a tali disposizioni, può costituire una turbativa al possesso, ledendone la integrità determinata e garantita dalla legge stessa.

Il Codice Civile italiano stabiliendo le distanze, pel piantamento di alberi verso il confine del vicino, si vale, come i Codici precedenti, dell'espressione *piantare*. — Nacque quindi il dubbio, se le relative disposizioni fossero applicabili al caso, in cui gli alberi nascano naturalmente; ma si ritenne che detta espressione riferendosi al caso più ordinario non può a meno di applicarsi per ugualità di ragione agli alberi, che nascono, e crescono spontaneamente (1). — E l'art. 581 basta altronde a togliere ogni dubbiezza, parlando del diritto di far estirpare gli alberi e le siepi, che si piantassero o *nascessero* a distanze minori di quelle determinate negli articoli precedenti.

(1) ZACHARIÆ, tom. 1, § 241.

Digitized by Google

§ IV.

182. A proposito di questi piantamenti una controversia elevossi e fu lungamente discussa e variamente decisa, sul punto cioè se alberi esistenti da trent'anni a non legale distanza venendo a perire o ad essere abbattuti, possa il vicino impedire che sieno rimpiazzati da altri alberi e possa conseguentemente promuovere per turbamento l'azione possessoria entro l'anno dalla nuova piantagione. Non potrebbe certo il vicino pretendere l'estirpazione degli alberi piantati da anni trenta, all'appoggio dell'art. 581, ostando a simile azione la prescrizione; e quindi neanco esperire l'azione possessoria rispetto ad alberi, che esistano da oltre un anno. Ma se a quelli, che perirono o furono sradicati, se ne surrogano altri d'uguale qualità, può questo fatto legittimarsi per motivo del diritto precedentemente acquisito?

Alcuni autori rispondono affermativamente, considerando procacciata al fondo una ragione indefinita e perpetua di tenere le piantagioni. Essi osservano che il proprietario degli alberi dopo trent'anni di possesso acquistò una servitù attiva, in forza della quale il vicino è obbligato a tollerare l'esistenza degli alberi nella posizione, in cui stettero nel detto periodo di tempo; e all'appoggio di questa opinione invocano i principii di diritto, a cui è informata la disposizione dell'art. 663 del Codice.

La stessa tesi è propugnata da altri per un diverso principio; sostengono, cioè, che il proprietario degli alberi resta liberato dalla servitù impostagli dalla legge, essendo per tal modo ridonata al fondo la naturale sua piena libertà (1).

Coloro a vece, che sono d'opinione contraria, oppongono, non trovare applicazione al caso i principii, a cui s'informa detto articolo 663, ed essere affatto inutile alla questione il sindacare, se l'accennato fatto possa considerarsi come liberazione di servitù o costituzione di una nuova servitù. — E, appoggiandosi essi all'assioma *tantum præscriptum quantum possessum*, osservano

(1) *V.* MALLEVILLE, art. 671 del *Cod. Civ. franc.*; TOULLIER, tom. III, n° 215; PARDESSUS, n° 195.

Digitized by Google

che oggetto del possesso non fu altro che quello certo e determinato, per rapporto agli alberi stessi; e che perciò i nuovi alberi rappresenterebbero altri corpi diversi, non già gli antichi. — L'assenso tacito del vicino non può estendersi che a quelle sole piante, che lasciò sussistere, senza opposizione, per oltre trent'anni. E quest'ultima opinione prevale giustamente nell'odierna giurisprudenza, in quanto che la prescrizione circoscrive i suoi effetti nei limiti del possesso; e si tratta in detto caso di oggetti determinati, che per loro natura deperiscono in un tempo più o meno lontano, e che così devono un giorno mancare; ed altro è soffrire l'esistenza di un albero, che si potrebbe far abbattere, altro aderire ad una servitù perpetua. — Il concetto della servitù acquisitiva non è esatto, nè concludente, non potendo avere tampoco il carattere di perpetuità, inerente generalmente alle servitù. Mancati pertanto gli alberi, cui si riferirebbe la servitù, il fondo ritorna alla sua condizione primitiva, rientra cioè nel diritto comune, stante la perdita della cosa che stabiliva tale specie di servitù temporaria. — E adottando anche come più semplice e logico il concetto della liberazione di una servitù, nei limiti avanti precisati, non ne avverrebbe altro, se non che il possesso di trent'anni assolverebbe il proprietario degli alberi dall'azione nata dal fatto della violazione della legge e lo esimerebbe per tal modo dalla loro estirpazione, a cui altrimenti l'avrebbe potuto costringere il suo avversario. Il diritto acquisito, in sostanza, è quello della conservazione degli alberi finchè durano, e, limitato in tali termini questo diritto, i nuovi piantamenti non potrebbero sfuggire la rinascente azione, che il vicino volesse intentare (1). E Duranton osserva a tale oggetto, non essere esatto il dire che siavi servitù nel divieto legale di piantar alberi a minor distanza di quella prescritta, essendovi semplicemente un modo di esercizio del diritto di proprietà, diritto che soffre una limitazione (che non è però una servitù), quella, cioè, che non se ne faccia un uso che ad altri nuoccia. Perciò nella esistenza degli alberi per anni trenta non si potrebbe

(1) Duranton, lib. II, tit. IV, cap. II, sez. V; Pastore, *Comm. al Cod. Civ. Alb.*, art. 603, n° 7; Mazzoni, n° 632; Borsari, art. 581, § 1173; *Sent. della Corte di Casale*, 26 marzo 1860; *Giur. ital.*, vol. XII, 2, 631.

Digitized by Google

scorgere l'esercizio d'una servitù, che mai esistette, cogli attributi e gli effetti annessi alle vere servitù. — È più esatto il dire che l'esistenza degli alberi per trent'anni costituisce una prescrizione, che attribuisce il diritto di conservarli, ma non già una prescrizione ad oggetto di liberarsi dalla servitù legale. Il principale fondamento di una tale prescrizione sta nel consenso effettivo o presunto del vicino; e bene sta che dal lungo silenzio si desuma un tacito consenso da parte sua perchè un albero sussista; ma non se ne può inferire con uguale ragione che abbia inteso sottoporsi a soffrire ugualmente un altro albero, poi un altro ancora, e così proseguendo in perpetuo. — Può quindi il vicino, in caso di sostituzione di nuove piante alle antiche, proporre l'azione possessoria entro l'anno per turbamento; giacchè il possesso trentennario di questi alberi non conferisce che il diritto di conservarli, e non già quello di sostituirne altri a perpetuità.

133. Diversa sentenza vuolsi concepire in ordine alle siepi, in quanto che non presentano soltanto un aggregato di piante, ma formano una chiusura, e sotto questo rapporto costituiscono una specie di diritto astratto, quello di chiudere in siffatto modo il fondo, con destinazione perpetua. — Perciò questo diritto una volta acquisito non si perde più, salvo venga ad estinguersi col non uso per lo spazio di trent'anni; e conseguentemente possono le siepi, ove deperite o sradicate, essere ripiantate nel trentennio.

Quegli, sul cui fondo si protendono i rami degli alberi del vicino, può costringerlo a tagliarli, a senso dell'articolo 582 del Codice Civile; ma non potrebbe agire in via possessoria, essendo questo protendimento un puro atto di tolleranza per sua parte, che può a sua volontà far cessare, all'appoggio di detto articolo; e, trattandosi inoltre di fatto incapace a procacciare al proprietario degli alberi diritto di possesso, a titolo di servitù. Lo stesso dicasi rispetto alle radici, che si addentrino nel di lui fondo, avendo nel citato articolo tutti i mezzi di evitarsi un danno, se lo crede.

Digitized by Google

§ V.

124. A termini dell'art. 583 un vicino non può, senza il consenso dell'altro, fare nel muro comune una finestra o altra apertura, neppure con invetriata fissa. Si potrebbe perciò promuovere l'azione possessoria di manutenzione entro l'anno contro l'autore di questo turbamento, o in altri termini contro colui, che contravvenne a siffatta disposizione di legge. Ma dopo l'anno l'azione possessoria competerebbe a vece allo stesso autore dell'opera per farsi mantenere nel possesso della servitù, ove turbato, trattandosi di servitù apparente e continua.

Il proprietario di un muro non comune e contiguo al fondo altrui non può neanco aprire finestre in questo muro, che secondo le regole prescritte dall'art. 584 e 585. — Le aperture, che praticasse senza conformarsi a queste prescrizioni, arrecherebbero un turbamento, che darebbe pure ragione al vicino di promuovere, entro l'anno, l'azione possessoria.

Lo stesso dicasi in caso di apertura di vedute in contravvenzione alle prescrizioni degli articoli 586, 587, 588 e 589; non che nel caso di fabbricazione contro le disposizioni dell'art. 590.

E fu a tale proposito giudicato che quando un proprietario pretende, avere il vicino, contrariamente alla legge, aperto una finestra nel muro che separa i due fondi, e per tal modo recato turbamento al proprio possesso, e ne chiede la repressione, questa domanda costituisce un'azione possessoria, quantunque il convenuto alleghi di essere proprietario, al di là del muro, di un'area di terreno sufficiente a dargli diritto all'apertura. — Risulta, in effetto, chiaramente dalla domanda dell'attore, che egli contesta all'avversario il possesso di questo terreno, e quindi la controversia è realmente possessoria, e per conseguenza di competenza del giudice di mandamento (1).

Dalle considerazioni avanti svolte e dai citati esempi può di leggieri comprendersi quali atti possano, per turbamento di possesso, dare ragione ad un'azione possessoria, anche in altri analoghi casi.

(1) Dalloz, *Rep.*, vol. 3, n° 427 e seg.

Digitized by Google

§ VI.

135. L'art. 591 del Codice Civile dispone che ogni proprietario deve costruire i tetti in maniera che le acque piovane scolino sul suo terreno o sulla via pubblica, in conformità ai particolari regolamenti; e che non può farle cadere sul suolo del vicino.

Questo articolo, anzichè una servitù, stabilisce secondo i principii comuni l'esercizio del diritto di proprietà in modo che le acque cadenti dai tetti non rechino pregiudicio alle contigue proprietà. — Certamente chi ha la proprietà del suolo, avendo pur quella dello spazio sovrastante, potrebbe, a termini dello art. 440, far sporgere il suo tetto sino alla precisa linea di confine. Ma se per tal modo venisse a gettare le acque cadenti dal tetto nel fondo altrui, estenderebbe su questo fondo l'esercizio di un diritto, che non gli spetta.

La legge vuole che l'esercizio del diritto di proprietà del costruttore del tetto rimanga nei limiti del proprio oggetto e non leda le altrui ragioni.

Un tale divieto è generale ed assoluto, epperciò ha luogo sia che le acque scolino dal tetto a goccia a goccia, sia che cadano raccolte in canali, e anche nel caso che, versando sul fondo altrui, non vi rechino vero nocumento. E non rileva che questo fondo sia terreno od edifizio, e neanco che trovisi inferiore a quello, su cui fu costrutto il tetto, non facendo la legge distinzione alcuna.

Ove il tetto si estenda verso il limite di confine, può con una doccia raccogliersi e condursi l'acqua a cadere o su sito proprio, o su via pubblica; ma la doccia non deve sporgere neppure di una linea oltre il confine, ostandovi il citato art. 440; nè essere altrimenti causa di danno. E anche facendosi cadere le acque sul suolo proprio di chi costrusse il tetto, deve farsi in modo da evitare danni al vicino, mediante una conveniente distanza, a stabilirsi per giudizio di periti, ove i regolamenti locali non vi provvedano adeguatamente.

136. Vi sono poi casi, in cui non basta osservare la distanza, potendo, malgrado questa, l'acqua che cade, nuocere al fondo

Digitized by Google

del vicino. Se, ad esempio, sia questo diviso da un muro di lui proprio, ed anche da un muro comune, oppure se esistano sotterranei, si dovrà lastricare il terreno, o fare quelle altre opere necessarie ad impedire che le acque pregiudichino il muro o le vôlte dei sotterranei (1).

Vuolsi pur evitare che le acque, cadute direttamente sul fondo del proprietario del tetto, scolino sul fondo del vicino, non essendo questo obbligato a ricevere acque, il cui scolo non è naturale, ma artificiale.

Se per altro si tratta di terreno, che pel suo pendío già naturalmente riceveva e tramandava le acque sul fondo inferiore, e la nuova costruzione non arreca gravame, per trattarsi del puro naturale spandimento dell'acqua in seguito alla caduta, o per essere lo scolo disposto siffattamente da compiersi come non vi fosse stata costruzione; in tal caso non vi sarebbe che la continuazione della preesistente servitù.

137. Uno costruisce il tetto di sua fabbrica in modo da far cadere le acque sul fondo del vicino. Questi lascia compiersi l'opera senza richiamo od opposizione. Ma qualche tempo dopo, agendo in via giuridica, chiede la riduzione e riforma del tetto, a seconda delle disposizioni dell'art. 591. — L'altro oppone di non essere tenuto, adducendo a difesa la nessuna opposizione all'opera per parte del vicino e la sua buona fede, ed offre di apporre al tetto una gronda, che riunisca e conduca le acque piovane a versarsi sul proprio terreno, la quale gronda però sporgerebbe alquanto sul terreno del vicino.

Si chiede, se il silenzio del vicino e la buona fede del costruttore possano legittimare detto stato di cose e impedire la reclamata riforma, mediante l'apposizione di gronda, che sporgerebbe come sovra sul vicino fondo, ma condurrebbe le acque a versarsi su altro terreno di spettanza del padrone della fabbrica.

Dietro le disposizioni dell'art. 615 del Codice Albertino (uniformi a quelle dell'art. 591 del Codice italiano), risponde a siffatto quesito la Corte di Cassazione di Torino, con sua sentenza 18 febbraio 1860 (2). Si considerò con essa, non essere in linea di

(1) Toullier, III, 538; Pastore, *Comm.* art. 615 *Cod. Alb.*
(2) *Giur. ital.*, vol. XII, 1, 93.

Digitized by Google

fatto controverso che il tetto era fabbricato in maniera che le acque, dal medesimo defluenti, cadevano sul terreno sottostante del vicino; non essere quindi a dubitare che il tetto in tal modo formato non poteva venire mantenuto, senza urtare di fronte col disposto di detto articolo; ricorrersi indarno alla pretesa buona fede dell'uno ed al silenzio dell'altro, mentre da questi dati di fatto non potrebbe mai seguire un acquisto di servitù sul fondo di un vicino che, pochi mesi dopo l'ultimazione di quell'opera, ne chiese giudicialmente la distruzione; e potersi tanto meno far caso dello spediente adottato nella sentenza denunciata, della apposizione, cioè, di un canale di *latta*, che, riunendo in se stesso le acque di quel tetto, le conduca a versarsi sul terreno dell'autore dell'opera, mentre la legge esige che il tetto sia costrutto in modo, che non possano naturalmente le acque versarsi sul fondo del vicino, e mentre, per altra parte, l'apposizione del canale non potrebbe sempre servire all'oggetto, cui sarebbe destinato, sia pel soverchio cadere delle acque, sia pei guasti a cui potrebbe ad ogni momento andar soggetto, e sia, infine, perchè priverebbe il vicino del diritto che ha di valersi della sua proprietà in qualsiasi grado di elevazione.

138. Può del resto anche per prescrizione lo stillicidio costituire una servitù attiva a favore del proprietario della fabbrica; ma acquistata in tal modo, oppure in forza di titolo la servitù, non potendo rendersi più grave a danno del fondo, ne viene che non sarebbe lecito al proprietario della fabbrica di cambiarne il modo, aumentando, per esempio, i canali contro l'antica misura del possesso, o immettendovi per nuove opere maggior quantità d'acqua. — Nè, per altra parte, potrebbe il proprietario del fondo serviente elevare il livello del suo fondo per impedire a dette acque il precedente libero e consueto scolo, giusta i noti principii di diritto (1). Dallo stato quindi delle cose e dal relativo possesso annale può derivare l'azione possessoria, se vi si reca turbamento.

L'obbligo poi avanti accennato di lasciare uno spazio fra l'edifizio ed il terreno del vicino induce la presunzione di proprietà a favore del padrone della fabbrica, presunzione che può

(1) *Corte d'Appello di Torino*, 16 ottobre 1866; *Giur. ital.*, vol. XVIII, 2, 546.

Digitized by Google

essere distrutta da una presunzione contraria, ed in ispecie da un possesso del vicino, che abbia i caratteri della legittimità. Il fatto dello stillicidio apparirebbe in tal caso come l'esercizio di un diritto di servitù, anzichè di proprietà (1).

SEZIONE QUINTA

Servitù legali. — Continuazione. — Passaggio necessario.

---

§ I.

139. Secondo gli articoli 593 e 594 del Codice Civile, il proprietario, il cui fondo è circondato da fondi altrui, e che non ha uscita sulla pubblica via, nè può procurarsela senza eccessivo dispendio o disagio, ha diritto di ottenere il passaggio sui fondi vicini per la coltivazione ed il conveniente uso del proprio fondo; e tale passaggio nella parte in cui riesca più breve e di minor danno al fondo serviente; mediante un' indennità proporzionata al danno cagionato dal passaggio. L'azione però all'indennità è soggetta alla prescrizione liberativa, comune a tutte le obbligazioni; cosicchè a colui, che esercita questo passaggio, non può contestarsene la continuazione, quantunque detta azione non sia più ammessibile (art. 597). L'uso del passaggio è indipendente dall'azione personale per la indennità, considerato nella sua causa e negli effetti giuridici.

È questa una servitù creata dalla natura stessa, pei rapporti necessari di fondi contigui, e consacrata dalla legge per un evidente motivo di utilità generale. — La causa pertanto di siffatta servitù sta nella ragione imposta dallo stato naturale delle cose e dall'interesse sociale, tradotta in precetto legislativo; e non

(1) Circa alla presunzione di proprietà, *V. Leg.* 13; *Dig., Finium regund.* — *Sent. della Corte di Cagliari* 25 marzo 1858; *Giur. ital.*, vol. X, 2, 397. — E circa alla presunzione che deriva dal possesso, *V. Sent.* 2 febbraio 1864 della *Corte di Casale.*

Digitized by Google

punto in un diritto creato dal possesso e consacrato dalla prescrizione. E invero, dal possesso di trent'anni non nasce il diritto a una servitù che sta nella legge; ma può solo derivare la determinazione del sito di passaggio e del modo di usarne. E conseguentemente al possesso annale si attribuisce la presunzione di siffatta determinazione. — Può perciò il pretore indagare se la servitù sia fondata sulla condizione dei luoghi, che la renda necessaria ed inevitabile, come consulterebbe un titolo. Non si può opporre che una simile verificazione si attenga al petitorio e non possa farsi in giudizio possessorio; giacchè il pretore non fa altro che indagare e determinare la natura del possesso. — Questa verificazione, infatti, può essere, sotto certo aspetto, equiparata all'ispezione del titolo di questa specie di servitù; ed è oramai massima stabilita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che non è vietato di prendere in considerazione il titolo *non tam ad delendum petitorium, quam ad colorandum et corroborandum possessorium*. Se uno, osserva un dotto scrittore, non può accedere al suo fondo altrimenti, che passando sul fondo del vicino, se vi passa da oltre un anno senza che ne sia stato impedito, perchè turbarlo in seguito nell'esercizio di tale possesso, che sarebbe già un diritto stato riconosciuto per sentenza dell'autorità giudiziaria, se ne avesse domandato giudicialmente l'esercizio, mediante indennità? L'adesione derivante dal fatto stesso del vicino non equivale forse ad una ricognizione del diritto? (1).

140. Non è nuova siffatta questione, essendo già stata largamente discussa in Francia, per rapporto alle disposizioni degli articoli 682 e 691 del Codice Civile Napoleonico.

La Corte di Cassazione francese diniegò dapprincipio l'azione possessoria, considerando che simile servitù, derivi essa dalla legge o dal fatto dell'uomo, è sempre discontinua; che l'articolo 691 (art. 630 del Codice Civile italiano) dispone, non potersi stabilire le servitù discontinue che col mezzo di un titolo, non bastando un possesso anche immemoriale; e che quindi siffatta disposizione di legge trova la sua applicazione eziandio al caso

(1) SCIALOIA, *Az. possess.*, pag. 565 e 566. — FAB., *Cod.*, lib. VIII, tit. IV; *Giur. ital.*, vol. I, 1, 183 a 195.

Digitized by Google

della servitù del passaggio necessario (1). Si osservò che la legge è generale ed abbraccia senza distinzione ogni servitù discontinua; e non vale il dire che la legge stessa costituisca un titolo in ordine a questa servitù necessaria ed il possesso non sia che la conseguenza e l'esecuzione di questo titolo. Potrebbe ciò essere vero, se la legge imponendo una servitù l'applicasse immediatamente e tracciasse di sua mano la via a percorrere. Ma la legge solo concede la facoltà di chiedere il passaggio, mediante una indennità; ed il diritto di acquistare non è l'acquisto stesso. Volere che l'uso di trent'anni faccia supporre il compimento di tutte le operazioni necessarie alla determinazione del passaggio, sarebbe collocare la prescrizione al luogo del titolo, mentre la legge non ammette diritto di prescrizione in fatto di servitù discontinua.

Ma finì per prevalere la dottrina contraria; e la stessa Corte di Cassazione, inspirandosi a principii più conformi, secondo noi, al vero concetto legislativo, stabilì con numerosi giudicati (2) che la legge in siffatta servitù equivale a un titolo, e per conseguenza il possesso riveste i caratteri legali per la sua efficacia. La presunzione di tolleranza officiosa e di precarietà, dovendo cedere alla verità, scompare di fronte a un titolo, che faccia presumere legittima la servitù; e questo titolo vuolsi appunto esaminare ed apprezzare dal giudice nel possessorio, non già come titolo definitivo, ma puramente come indicativo di possesso civile. E qual titolo più fondato e più possente di quello creato dalla legge per motivi d'utilità generale? Gli articoli 688 e 691 del Codice francese (617 e 630 del Codice italiano) sono applicabili alle sole servitù convenzionali, stabilite dalla volontà degli uomini, e non punto alle servitù stabilite dalla legge, quali sono quelle che risultano dalle diverse obbligazioni, alle quali, indipendentemente da ogni convenzione, sono assoggettati i proprietari gli uni verso gli altri.

(1) *Sent.* 8 luglio 1812.

(2) *Sent.* 10 luglio 1821, 26 gennaio e 31 maggio 1825, 23 agosto 1827, 7 maggio 1829, 9 maggio 1831, 19 novembre 1832 e 12 dicembre 1842. — *V.* FAVARD, *Repert.* V *Servitù*, sez. 2, § 7; *Jur. du XIX siècle*, 1825, par. I, pag. 220, e 1828, par. I, pag. 111; DALLOZ, *Repert.*, vol. 8, pag. 165, n° 453 e seguenti; SIREY, tom. 12, pag. 298, e tom. 13, pag. 463; ZACHARIÆ, tom. 1 § 246; GARNIER, *Act. poss.*, pag. 138.

Digitized by Google

Secondo i dettati definitivamente accolti dalla giurisprudenza francese, non può pertanto a meno il giudice del possessorio di verificare se il passaggio, che si esercita, ha le condizioni determinate dalla legge, e così se il relativo possesso si presenta coi caratteri della legittimità, rivestendo la qualità idonea ad escludere l'abusività, quella cioè di fondo affatto interchiuso, a cui serve il passaggio. Di questo titolo legale si deve naturalmente indagare la consistenza e farne l'uso all'unico oggetto di qualificare il possesso, riserbando al petitorio la discussione in merito per assicurare il diritto. Non sussiste l'osservazione che il passaggio non si possa acquistare senza il pagamento della indennità, che questo e quello sieno cose correlative, e che essendo il passaggio una servitù discontinua, non capace d'acquisto per via di prescrizione, soltanto il pagamento della indennità possa farla acquistare. — Secondo questa teoria, non sarebbe mai ammessibile l'azione possessoria; giacchè occorrerebbe sindacare l'originaria consensuale costituzione della servitù ed invadere il petitorio. — Ma tale opinione non risponde ai rigorosi principii di diritto; giacchè il passaggio, giova ripeterlo, è accordato dalla legge per ragione di necessità; e la indennità richiesta non è la causa del passaggio. La sua causa è l'utilità pubblica, il titolo costitutivo la legge. L'indennità è un puro credito, prescrittibile come ogni altra azione. E, dacchè inoltre il passaggio si esercita da oltre un anno, si deve supporre che l'esercizio del relativo possesso sia conforme ai concerti presi dalle parti interessate sin dal suo principio. Deve bastare che esso si presenti cogli apparenti caratteri giuridici, voluti dalla legge.

§ II.

141. Come in Francia, così anche presso di noi elevaronsi dubbii; e varie furono le opinioni e le sentenze circa alla interpretazione ed applicazione, nei giudizii possessorii, degli articoli 593, 617 e 630 del Codice Civile italiano.

La Corte di Cassazione di Torino, con sentenza 15 giugno 1871 (1), adottando la massima che anche alla servitù di

(1) *Giornale delle Leggi*, anno 2°, pag. 409.

Digitized by Google

un passaggio necessario sia applicabile la disposizione dell'articolo 630 del Codice Civile, decise, non essere il possesso sufficiente all'esercizio dell'azione possessoria. Considerò che una tale disposizione era assoluta e generale, e che, ripetendo essa il principio proclamato dall'articolo 649 del Codice Civile Albertino, ne aveva soppressa l'eccezione, secondo la quale la servitù di passaggio per servizio di determinati fondi poteva anche acquistarsi col possesso di trent'anni, purchè non potesse tale passaggio ravvisarsi abusivo per l'esistenza di altro sufficiente passaggio.

La Corte di Cassazione di Napoli, a vece, consacrò la regola contraria con varii giudicati, riconoscendo manutenibile il possesso della servitù legale del passaggio necessario (1). E siffatta giurisprudenza appare, secondo noi, conforme al vero concetto e scopo della legge, ed alla natura degl'interessi da essa protetti.

Quando vi ha un titolo convenzionale, si considera la servitù costituita immediatamente, senzachè vi occorra l'aiuto del tempo, aiuto per sè inefficace e nullo. — Non si vede quindi ragione, perchè non debba essere ugualmente efficace un titolo stabilito dalla legge. È vero che il primo è immutabile nell'essenza e negli effetti, mentre il secondo, se lo è nell'essenza, non sempre lo è quanto all'applicazione in fatto, dovendo determinarsi a quale dei vicini fondi e su qual parte debba imporsi la servitù; ma ciò ha tratto all'origine o principio dell'esercizio del possesso; e se dopo trent'anni il proprietario, che sofferse quest'esercizio, più non potrebbe opporvisi, perchè il tempo consacrò la misura e la maniera dell'uso, non v'ha motivo di diniegare l'azione possessoria a chi esercita da oltre un anno un tale passaggio, ove venga turbato nel relativo possesso.

Anche il titolo convenzionale attribuisce talvolta la mera ragione potenziale dell'esercizio della servitù, senza determinazione di luogo e modo, e così, a guisa della legge, dispone e non opera. Ma la sua virtù esteriore si esplica nel fatto dell'esercizio,

(1) *Sent.* 15 febbraio 1868, 23 aprile 1869 e 9 novembre 1870; *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 167, vol. XXI, 1, 244, vol. XXII, 1, 853.
V. pure *La Giur.*, 1872, pag. 288.

Digitized by Google

la cui modalità si considera come la consensuale applicazione e la necessaria conseguenza del diritto.

La servitù, in sostanza, costituita in forza della legge esiste di pien diritto, ed è efficace quanto quella stabilita da titolo scritto. — La prescrizione non contribuisce per nulla alla sua efficienza, ed è anzi un tale mezzo di acquisto escluso dall'art. 593, ed anche dall'art. 630 che si riferisce alle sole servitù, le quali sono stabilite dal puro fatto dell'uomo. Il possesso inerente alla servitù legale di passaggio serve unicamente a dimostrare l'attuazione in fatto del diritto, ossia la ragione del modo di esercitarla, giusta anche i principii, a cui sono informati gli articoli 668 e 700 del Codice Civile.

Il possesso pertanto non è un elemento, che possa dar fondamento alla ragione di una servitù, il cui titolo sta nella legge e non nella prescrizione; ma può solamente determinarne la regola, come nelle servitù convenzionali, quando l'atto scritto non ne designa la norma materiale.

La legge è esplicita ed assoluta nella distinzione che essa fa tra le servitù legali e le servitù derivanti dal fatto dell'uomo, distinzione dettata da diversità di soggetto, di motivi e d'intendimenti; ed è evidente che la servitù legale del passaggio stabilita dalla natura stessa e da un motivo d'interesse pubblico, comune a tutti i proprietari, non può avere minore potenza della servitù convenzionale. — Ed è anzi considerata di tanto momento e necessità, che comprende persino attivamente e passivamente i beni, che sono quanto al dominio imprescrittibili (1). — Se quindi il relativo possesso oltreannale non trovasse tutela, verrebbe a mancare in gran parte lo scopo della legge; giacchè la sospensione dell'esercizio di siffatta servitù, per attendere l'esito di un giudizio petitorio, impedirebbe talora per anni la coltivazione e il conveniente uso del fondo interchiuso (2), e

(1) Dalloz, *Repert.*, tom. 3, n° 454. — *Corte di Cassaz. franc.*, 7 maggio 1829, *Jur. du XIX siécle*, 1829, par. 1, pag. 332.

(2) Per ragione di pubblica utilità, il proprietario di un fondo contiguo al muro altrui può farsene cedere la comunione (art. 556); e per uguale ed anzi più forte motivo l'art. 593 apporta pur anco una modificazione al diritto di proprietà, autorizzando il padrone di un fondo, che non ha uscita sulla via pubblica, a farsi cedere un passaggio sul fondo del vicino. — L'utile generale

Digitized by Google

mancherebbe così totalmente di protezione il possesso della servitù legale. — Non potrebbe servirgli di causa e di titolo la legge, e non potrebbe suffragarvi la materialità del possesso, stante l'imprescrittibilità; e ciò non risponderebbe al fine che la legge dovette imporsi nella determinazione e tutela di un diritto, la cui attuazione in fatto è dimostrata legittima dalla natura dei luoghi e dall'apparente stato e condizioni delle cose.

L'esercizio di una servitù discontinua si presume, è vero, generalmente precario e di semplice tolleranza; ma a fronte di uno stato di cose, che dimostri necessario un passaggio, e datane la prova dell'esercizio come dipendente necessariamente da questo stato, come effetto da causa, la prescrizione di precarietà svanisce. E nello stesso modo che il fatto dell'esercizio può essere spiegato dal titolo qual semplice documento storico, lo può essere dallo stato dei luoghi, qual documento naturale e legale, e così assumere il carattere di vero possesso giuridico, perchè nato ed accompagnato dalla natura delle cose e dalla legge, non che dalla conseguente intenzione di esercitare un diritto da una parte e dall'osservanza di un vincolo reale dall'altra. Lasciata perciò in disparte la questione di merito, riservandola al petitorio, deve il giudice riconoscere nel fatto stesso, spiegato dallo stato apparente delle cose, un vero possesso, ed ammettere e giudicare in conformità l'azione possessoria (1).

Naturalmente la necessità di questo passaggio deve risultare *ex rei evidentia;* giacchè, se per l'esistenza di altri passaggi o per altra causa fosse contestata e non apparisse chiaramente questa necessità, non si potrebbe decidere il merito dell'azione possessoria, senza invadere il petitorio (2).

richiede che un fondo non rimanga incolto. — Tra li altri inconvenienti, ne avverrebbe che non potrebbesi esigere le imposte sopra un fondo che non desse alcun prodotto, in mancanza di passaggio che ne permettesse la coltivazione. *V.* DURANTON, lib. II, tit. IV, cap. II, sez. II, § IX.

(1) Queste considerazioni di massima sono ricavate da *Sentenza della Corte di Cassazione di Torino* (*Giur. ital.*, vol. XXII, 1, 988), come quelle che trovano applicazione al caso, sebbene la *Sentenza* si riferisca ad altra fattispecie.

(2) Naturalmente la manutenzione in possesso non toglie al proprietario del fondo serviente di potere in petitorio dimostrare doversi preferibilmente su altra parte del suo fondo od anche su altro fondo esercitare il passaggio, a senso della legge, se il modo ed il sito su cui lo si esercita non sieno già stati invariabilmente determinati dalla prescrizione.

Digitized by Google

§ III.

142. La citata sentenza 15 giugno 1871 della Corte di Cassazione di Torino avendo tratto argomenti dalla disposizione eccezionale dell'art. 649 del Codice Civile Albertino, giova ancora qualche riflesso in proposito. Questo articolo, dopo una disposizione generale, conforme a quella dell'art. 630 del Codice Civile italiano, dichiara che nullameno le servitù di passaggio per servizio di determinati fondi possono anche acquistarsi col possesso di trent'anni, purchè il passaggio non si ravvisi abusivo; e che si considera abusivo, sempre che esista altro passaggio sufficiente per servizio degli stessi fondi.

Il Codice italiano non ripete nell'art. 630 quest'ultima parte dello art. 649 del Codice Albert., ma a giusta ragione; giacchè una tale disposizione discorda affatto dal concetto delle servitù imposte dalla legge e dal principio logico, che distingue tali servitù da quelle derivanti dal fatto dell'uomo. E invero, a che parlare di possesso acquisitivo di un diritto, che, determinato dall'art. 593 (art. 616 del Codice Albertino), sorge immediatamente in forza della legge stessa? Chi non vede la contraddizione tra un articolo di legge, che in caso di fondo interchiuso dagli altrui fondi costituisce un diritto immediato alla servitù del passaggio, ed un articolo che dispone, potersi col possesso di trent'anni acquistare il diritto al passaggio, quando non ne esiste altro? — Quale relazione può esservi tra un diritto derivante dalla prescrizione, ed un diritto che nasce ed esiste indipendentemente dal fatto dell'uomo e così dal possesso prescrittivo?

Il Codice italiano fu pertanto coerente a se stesso e ai principii che regolano la materia, nel sopprimere la eccezionale disposizione, a cui accenna la citata sentenza della Corte Suprema.

143. Del resto, anche la giurisprudenza relativa al Codice Albertino concorse a suffragare la tesi della manutenibilità del possesso, di cui si tratta, nel senso che possono consultarsi le condizioni e stato dei luoghi per apprezzare la legittimità del possesso, senza cadere nel petitorio. Infatti, per l'applicazione dell'art. 649 doveva considerarsi, nel possessorio, se esistesse

Digitized by Google

altro sufficiente passaggio, onde conoscere se il possesso fosse o non abusivo. E questa indagine era effettivamente ammessa, e si concedeva o diniegava la manutenzione nel possesso del passaggio, secondo che il possesso appariva legittimo od abusivo, per non esistere o per esistere altro sufficiente passaggio.

Si considerava giustamente che il possesso civile è un misto di diritto e di fatto; e che l'azione di manutenzione essendo fondata sul civile possesso ne conseguiva necessariamente, dovere il giudice verificare i caratteri del possesso, non altrimenti che il fatto stesso; ed era quindi disquisizione propria del giudizio possessorio la ricerca della coesistenza, o non, di altro passaggio, per apprezzare i caratteri del possesso, salva la questione in petitorio circa al diritto definitivo (1).

144. Questo principio è pur consacrato da altre sentenze della Corte Suprema di Napoli, che, ad esempio, in questione possessoria d'acqua decise che in tema di turbato possesso devesi aver riguardo alla condizione materiale dei luoghi, e nell'apprezzamento delle circostanze di fatto per rapporto al possesso ricercare il carattere giuridico di questo (2). E non v'ha ragione per non applicarne la massima al possesso di un passaggio necessario.

Con altra sentenza stabilì pure, potere e dovere il giudice praticare indagini per conoscere se sia manutenibile il possesso, quantunque per poco non sembrino riferirsi piuttosto al petitorio; e così esaminare se un possesso abbia i caratteri della

(1) *Sent. della Corte di Cassaz. di Torino* 8 giugno 1849, 9 febbraio 1853, 12 gennaio 1854, 29 dicembre 1856; *Giur. ital.*, vol. I, 1, 195, vol. V, 1, 166, vol. VI, 1, 88, vol. VIII, 1, 959. — *V.* anche vol. IX, 1, 824; *Gazzetta dei Tribunali*, 1858, pag. 52; MANTELLI, vol. V, pag. 182 e seg., e vol. II, pag. 514.

La *Corte di Cassaz. di Milano*, con *Sent.* 22 aprile 1862 (*Giur. ital.*, vol. XIV, 1, 867), decise in senso contrario, partendo dal principio che la determinazione, se esistesse un altro passaggio sufficiente al servizio del fondo, fosse una questione esclusivamente propria del giudizio petitorio e definitivo. Giova però consultare in proposito le elaborate conclusioni del Pubblico Ministero nella stessa causa.

(2) *Sent.* 26 aprile 1867; *Giur. ital.*, vol XIX, 1, 288. Si legge in tale Sentenza, che la condizione materiale del possesso non poteva essere altra da quella formata dalla natura stessa dei luoghi, e che si doveva apprezzare il fatto turbativo del possesso in rapporto al possesso ed alla situazione naturale delle cose.

Digitized by Google

legittimità, senzachè possa dirsi invaso il campo del petitorio. Si trattava di vedere se il fatto di ricevere le acque naturalmente defluenti dai fondi superiori costituisse il possesso di averle; e richiedendosi all'uopo atti ed opere sul fondo superiore, dimostranti l'intenzione di godere di quelle acque per diritto, il giudice doveva appunto riconoscere lo stato delle cose per argomentare della manutenibilità o non del possesso (1).

Il principio, in sostanza, che ammette siffatte indagini sulle varie circostanze estrinseche, allo scopo di determinare la natura e i caratteri del possesso, si ritrae dall'indole stessa del giudizio possessorio, potendo il titolo ossia la causa del possesso servir sempre di criterio e giustificazione nel possessorio, quantunque si riferisca direttamente al petitorio. E questo principio generale trova tanto più la sua applicazione al possesso di un passaggio necessario, per le ragioni d'interesse generale avanti espresse.

Se una tesi contraria si adottasse bisognerebbe accettarne, come il principio, così anche tutte le conseguenze, quand'anche si cadesse nell'assurdo. Non si potrebbe più, a mo' d'esempio, in questioni relative ai casi, ai quali potrebbero avere tratto gli articoli 540 e 541 del Codice Civile, sindacarsi l'esistenza e la natura delle opere eseguite nel fondo superiore, per giudicare del carattere di un possesso; non più indagarsi se si tratti di passaggio preteso *jure proprietatis* su via vicinale, e così se questa debba considerarsi tale ed il passaggio esercitato a titolo di comunanza e di comproprietà, anzichè di servitù. Non si potrebbe tampoco promuovere l'azione possessoria per turbato possesso, in conseguenza di apertura di una finestra a prospetto senza distanza legale, e così di illecita nuova servitù sul contiguo fondo; giacchè se il convenuto eccepisse, trattarsi di semplice finestra a luce, il pretore più non potrebbe decidere nel possessorio, non potendo esaminare, come sarebbe necessario, se la finestra abbia i caratteri precisati dall'art. 587, oppur quelli designati dall'art. 584 del Codice Civile. — E così di altri molteplici casi, nei quali per decidere del possesso voglionsi indagare ed apprezzare le varie estrinseche circostanze.

(1) *Sent.* 13 giugno 1866; *Giur. ital.*, vol. XVIII, 1, 464.

Digitized by Google

La regola, secondo cui non importa cumulo del possessorio col petitorio la indagine di tutti gli elementi esistenti ed atti a qualificare il possesso (e della quale si tratterà diffusamente a suo luogo) ridurrebbe a misere proporzioni l'istituzione delle azioni possessorie, ove venisse adottata l'opposta tesi, contro la natura e scopo dell'istituzione e anche contro le massime generalmente ammesse dalla patria giurisprudenza (1).

SEZIONE SESTA

Servitù legali. — Continuazione. — Acquedotti.

---

145. La istituzione di questa servitù, ignota al diritto romano ed al Codice francese, è antica nella legislazione italiana; e il nostro Codice, seguendo le patrie tradizioni ed in ispecie le norme del Codice Civile Albertino, ne tradusse il concetto in formole assai chiare e precise colle disposizioni degli articoli 598 e seguenti.

Può questa servitù assimilarsi a quella del passaggio a favore di un fondo chiuso da fondi altrui, nel senso che essa ha, come la detta servitù del passaggio, un titolo nella legge, e può dopo un anno di possesso autorizzare l'azione di manutenzione, nel caso di turbamento.

La legge con generale ed assoluta disposizione obbliga ogni proprietario di beni, compreso lo Stato, a dare il passaggio alle acque di qualsiasi specie, sotto le condizioni e nei modi determinati; e ne estende il beneficio anche ai possessori temporanei, soddisfacendo ad una grande esigenza economica nello interesse dell'agricoltura e dell'industria.

« Nella ragione del fine, osserva Borsari (2), sembra, a così dire, assorbita la qualità giuridica delle persone, che domandano

(1) Oltre alle Sentenze già accennate, vedansi anche quelle 24 maggio 1872 della *Corte di Cassaz. di Torino* e 14 febbraio 1874 della *Cassaz. di Palermo.* (*La Giur.*, 1872, pag. 499; *Giur. ital.*, vol. XXVI, 1, 39 e 279).

(2) *Comm.*, art. 598.

Digitized by Google

la costituzione dell'acquedotto, bastando giustificare le condizioni esteriori volute dal Codice. »

In tre casi è ammessa la servitù dell'acquedotto, per la necessità, cioè, della vita, e così pei bisogni domestici e per gli usi agrarii ed industriali (art. 598); per lo scarico delle acque abbondanti, che il vicino non consenta di ricevere nel suo fondo (art. 606); e, infine, pel prosciugamento e la bonificazione dei fondi (art. 609) (1).

Ma se uno si accinge ad opere sul fondo altrui pel passaggio delle acque, senza aver prima ottemperato alle prescrizioni della legge, può il proprietario del fondo agire in via possessoria per turbamento di possesso. E, per contro, se uno da oltre un anno esercita il diritto di acquedotto ed ha il legittimo possesso del passaggio o scarico delle acque nel fondo altrui, è autorizzato a promuovere uguale azione, ove venga in tale suo possesso molestato.

Non potendo chi esercita tale servitù far alcuna opera che possa nuocere al proprietario del fondo, che la concedette, nè innovazione che renda più gravosa la condizione del fondo servente, competerebbe pure detta azione al proprietario di questo fondo, ove l'utente delle acque arbitrariamente ne introducesse una quantità maggiore, mutasse la forma del passaggio o dello scarico, od altrimenti con opere pregiudicievoli cangiasse il modo del possesso.

Non potrebbero però considerarsi come turbamento di possesso le opere di semplice conservazione dell'acquedotto, poichè senza di esse l'acquedotto si renderebbe inetto alle sue funzioni e potrebbe cadere in rovina. Accordata la servitù, devono intendersi concessi i mezzi per usarne. — In conseguenza deve essere lecito di operare tutto quanto è necessario a mantenere l'acquedotto in condizione da poter servire alla sua destinazione, e così di procedere allo spurgo ed ai ristauri lungo le sponde del canale, per assicurare la condotta delle acque e provvedere alla manutenzione.

(1) Il *prosciugamento* è la redenzione delle terre sommerse, e vi è annesso non solo l'interesse dell'agricoltura, ma anche l'interesse della pubblica igiene. La *bonificazione* è la ristorazione delle terre sterili o depauperate.

Digitized by Google

Lo stesso dicasi di quelle altre opere che, senza recar pregiudicio al fondo serviente, concorrono al migliore andamento e processo delle acque, non che di quelle che divennero necessarie, in seguito ad eventi fortuiti o di forza maggiore; come, ad esempio, nel caso d'impedimento al deflusso delle acque o di alterazioni all'acquedotto in conseguenza di piene (1).

Ma, ove si tratti di opere che mutino lo stato delle cose, di novità nel vero senso della parola, sembra non potersi eseguire le medesime senza l'assenso del proprietario del suolo, quand'anche esse riescano innocue.

Affinchè l'acqua, che si deriva dai fiumi, torrenti, rivi, canali, laghi o serbatoi, prenda la direzione che deve spingerla nel canale destinato a riceverla, riesce soventi volte necessario di fabbricare una chiusa o diga. — È questo un mezzo d'esecuzione convertito in diritto dall'art. 613, mediante le condizioni in esso determinate. — Può perciò nascere l'azione possessoria, sia pel fatto di chi ha diritto alla derivazione ed appoggi od infigga una chiusa alle sponde, senza prima uniformarsi alla legge, e sia pel fatto del proprietario del terreno, ove rechi col suo fatto un pregiudicio alla chiusa, che esiste da oltre un anno.

146. Gli aventi diritto alla derivazione ed all'uso delle acque, a norma dell'art. 613, devono evitare tra gli utenti superiori e gli inferiori ogni vicendevole pregiudizio, che possa provenire dallo stagnamento, dal rigurgito, o dalla diversione delle medesime acque. Coloro che vi hanno dato luogo, sono tenuti al risarcimento dei danni e soggetti alle pene stabilite dai regolamenti di polizia rurale (art. 614).

A questa disposizione vuolsi aggiungere quella dell'art. 138 della legge sui lavori pubblici, secondo cui « Tutti i proprietari,

(1) La *Corte di Cassaz. di Torino,* con *Sent.* 19 febbraio 1869, riconobbe che colui, il quale ha diritto di servirsi di un corso d'acqua, sia a titolo di proprietà, sia a titolo di servitù, può fare tutte le opere necessarie per tale godimento; e il proprietario del fondo serviente non può domandarne la distruzione, comechè lesive della sua proprietà, se le medesime debbono essere riguardate come opere di necessità allo stato attuale delle cose, o come opere provvisorie finchè egli non abbia ristabilita l'antica condizione della località.

Giur. ital., vol. XXI, 1, 118.

Digitized by Google

possessori e utenti delle derivazioni dei fiumi o torrenti, sono obbligati di mantenere le imboccature munite degli opportuni edifizi, e di conservarle in buono stato; essi sono risponsabili dei danni, che possono succedere a pregiudizio dei fondi vicini, escluso il caso di forza maggiore provato. — Spetta agli stessi proprietari o utenti di regolare col mezzo di detti edifizi le derivazioni in modo, che nei tempi delle piene non s'introducano acque eccedenti la portata dei rispettivi canali e di far sì che in ogni evento, col mezzo degli opportuni scaricatori, vengano smaltite le acque sovrabbondanti. »

Non occorre considerare i rapporti dei possessori delle acque colla pubblica autorità circa alla polizia delle acque pubbliche, ma solo le relazioni fra privati. — E a tal riguardo molte possono essere le cause di turbamento all'altrui possesso e della conseguente azione possessoria.

Nelle relazioni fra privati le cause di turbamento al possesso altrui possono essere di due sorta, oltre a quelle già avanti accennate. — Un'opera può essere causa di molestia per imperfetta costruzione, o, anche bene costrutta, divenire perniciosa agli altri possessori di terreni e utenti d'acque, perchè male se ne usi. — Dal momento pertanto che per siffatte cause è recato un turbamento all'altrui possesso, nasce la ragione all'azione possessoria, e come conseguenza l'azione al risarcimento del danno.

L'art. 615 poi, specialmente dedicato alle funzioni dell'acqua pubblica, mira a far rispettare i legittimi diritti dei privati, — dovendo l'ordine delle concessioni mantenersi, anche nell'interesse della pubblica amministrazione, la quale rimanendo vincolata da atti precedenti sarebbe essa stessa tenuta al risarcimento dei danni ove con posteriori concessioni ledesse l'anteriorità degli altrui diritti all'uso dell'acqua.

E si può pur chiedere la manutenzione in possesso del diritto di prelazione sopra la derivazione di determinate acque. — Questo diritto non può riguardarsi come servitù discontinua, perchè se ne usi solo ad intervalli e in certi casi di magrezza d'acque. — La domanda ha per fondamento il possesso della ragione di prelazione nell'uso dell'acqua; e per conseguenza la

Digitized by Google

manutenzione non si deduce punto da una servitù discontinua di ridurre le derivazioni d'acqua tra li utenti ne' casi di scarsità, e così di menomare le altre derivazioni da altri praticate, ma ha come sovra per suo fondamento il diritto di prelazione (1).

L'art. 543 che autorizza il proprietario, il cui fondo è costeggiato o attraversato da un'acqua corrente, di servirsene per la irrigazione dello stesso fondo, non è applicabile ai proprietari, i cui fondi costeggiano un acquedotto, o ne sono attraversati. Costoro non possono nulla intraprendere che impedisca il corso ordinario ed integrale dell'acqua, senza esporsi ad un'azione possessoria durante l'anno dalla molestia. — Ma se al fatto turbativo succedesse un anno di silenzio e di tacita adesione, spetterebbe a vece l'azione all'autore dell'innovazione, ove venisse turbato dal possessore dell'acquedotto, quando quest'innovazione o servitù di presa d'acqua constasse per mezzo di canale o di altr'opera visibile e permanente; poichè in questo solo caso cadrebbe nel novero delle servitù continue ed apparenti.

Se a vece la derivazione apparisce fatta in modo essenzialmente transitorio, con opere caduche, non aventi l'apparenza di una destinazione fissa e perpetua, vuolsi considerare come cosa di semplice tolleranza, ed il relativo godimento non potrebbe costituire un giuridico possesso, e formare oggetto di azione di manutenzione.

SEZIONE SETTIMA

Servitù stabilite per fatto dell'uomo.
Loro diversa specie. — Possesso. — Titolo. — Vie vicinali.
Questione di diritto transitorio.

---

§ I.

147. Alle disposizioni risguardanti le servitù determinate dalla legge succedono quelle che derivano da un atto libero dell'uomo; in ordine alle quali la legge non appone alla facoltà di costituirle

(1) *Giur. ital.*, vol. VI, 1, 567.

Digitized by Google

che alcune limitazioni, onde mantenerne il concetto nella sfera assegnata dall'interesse generale; e solo ne stabilisce poi il modo e la misura, quando il loro esercizio e l'estensione non sono regolati dal titolo (art. 616).

Oltre alla coesistenza di due fondi, che appartengano a padroni diversi, pel naturale principio che *res sua nemini servit*, la legge quindi richiede che il fondo sottoposto alla servitù ne sia suscettibile senza lesione dell'ordine pubblico, e che l'indole della servitù stessa non offenda le regole che riguardano l'interesse economico della proprietà.

Già si osservò che gli articoli 617 e 618 del Codice Civile dividono le servitù in due distinte principali categorie; ed è appunto in questa distinzione, che riposa la base di tutto il sistema della legislazione rispetto all'acquisto ed all'estinzione delle servitù (1).

Sono esse, cioè, *continue* o *discontinue*, *apparenti* o *non apparenti*. — *Continue* sono quelle, il cui esercizio è o può essere continuo, senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo, e tali sono gli acquedotti, gli stillicidi, i prospetti, ed altre simili; *discontinue* quelle che richiedono pel loro esercizio un fatto attuale dell'uomo, come le servitù di passare, di attinger acqua, di condurre le bestie al pascolo e simili.

Le servitù *apparenti* si manifestano con segni visibili, ad esempio con una porta, una finestra, un acquedotto; e per contro le *non apparenti* non presentano segni visibili della loro esistenza, come il divieto di fabbricare sopra un fondo, o di non fabbricare che ad un'altezza determinata.

Le servitù sono tutte necessariamente *continue* o *discontinue;* e possono essere apparenti o non apparenti; ed è la congiunta qualità di *continue* e di *apparenti*, che forma il requisito sostanziale del loro acquisto col mezzo della prescrizione e così del possesso, o per via della destinazione del padre di famiglia (articoli 629 e 630).

La servitù della presa d'acqua per mezzo di canale od altra opera visibile e permanente, a qualunque uso sia destinata,

(1) N° 105.

Digitized by Google

cade nel novero delle servitù continue ed apparenti, ancorchè la presa non si eseguisca che ad intervalli di tempo, o per ruota di giorni o di ore (art. 619).

Non trattandosi quivi d'interruzione naturale, ma di combinata interruzione nell'esercizio della servitù, e così d'interruzione non compatibile coi caratteri ordinari della servitù continua, era necessaria una speciale dichiarazione, e la fece il legislatore col citato art. 619. — La esteriorità poi e l'apparenza possono risultare non solo dal canale, ma anche da altre opere, purchè atte a manifestarne la destinazione, per esempio da una chiusa, da una chiavica, da un partitore o da un bocchetto, da opera, in sostanza, che serva di continua ed evidente testimonianza del diritto. — Questa servitù è perciò prescrittibile col solo legittimo possesso. (1).

La presa, consistendo nella estrazione di una quantità d'acqua da un torrente, fiume, stagno, rivo naturale o da altra fonte, all'oggetto di usufruttuarla, occorrono opere materiali per derivarla e renderla atta ad efficace servigio. E, senza fermarsi all'azione meccanica circa agli apparecchi della presa d'acqua e sua condotta all'imbocco del canale che deve riceverla, giova ricordare come il carattere estrinseco delle relative costruzioni abbia un rapporto colla ragione giuridica, presentandosi quale un fatto correlativo ed esecutivo dei diritti che competono, massimamente rispetto al grave interesse della *quantità*, che dipende dalla conformazione dei mezzi, che servono alla presa e condotta delle acque per gli usi cui sono destinate. Deve perciò, secondo Romagnosi, il *capo dell'acqua*, ossia la *testa dell'acquedotto*, corrispondere alla *condotta progettata*, e così allo scopo intenzionale (2).

148. Le disposizioni degli art. 620, 621 e 622 del Codice Civile

(1) La servitù della presa d'acqua vuolsi distinguere da quella dell'acquedotto *(Leg.* 1, § 1; *Dig., De fonte)*, essendo diverso l'oggetto. La servitù d'acquedotto è il diritto di condurre l'acqua pel fondo altrui a vantaggio d'un fondo proprio; quella di presa d'acqua è il diritto di derivare, estrarre o prendere acqua da una fonte o corrente altrui. Perciò possono sussistere separatamente od essere unite, ma per lo più la servitù dell'acquedotto è accessoria alla servitù di presa d'acqua.

(2) *Della condotta delle acque*, par. I, lib. III, § 21.

Digitized by Google

contengono le regole da seguirsi per determinare ed impartire nella presa d'acqua la *competenza* di ogni concessionario.

L'art. 620 partendo in primo luogo dall'ipotesi, che la *forma della bocca e dell'edifizio derivatore sia stata convenuta*, ne ordina la manutenzione, e non ammette le parti *ad impugnarla sotto pretesto di eccedenza o deficienza d'acqua, salvo che la eccedenza o la deficienza provenga da variazioni seguite nel canale dispensatore o nel corso delle acque in esso scorrenti.*

È perciò ammessa l'azione di manutenzione per questa deficienza od eccedenza d'acqua, sempre quando l'eccedenza di cui si lagna il dispensatore, o la deficienza per cui si querela l'utente, proviene da variazioni seguite alla derivazione od al corso dell'acqua, e così da arbitrarie innovazioni turbative del possesso. — Gli articoli 645 e 646 possono anche in simili casi avere la loro applicazione.

Se poi la forma *non è convenuta, ma la bocca e l'edifizio derivatore sono stati costruiti e posseduti pacificamente durante cinque anni, non è neppure ammesso, dopo tal tempo, alcun richiamo delle parti sotto pretesto di eccedenza o deficienza d'acqua, salvo nel caso di variazione seguita nel canale o nel corso delle acque come sopra.*

Il possesso di cinque anni, che naturalmente sia pacifico, supplisce al silenzio del contratto e ne spiega il concetto, manifestando col fatto l'intenzione delle parti.

Per la manutenzione in possesso però basta l'oltreannale godimento, e così la presunzione di quella legittimità, che dopo cinque anni è tradotta in giuridica verità.

L'ultima parte, infine, di detto art. 620 si riferisce al caso, in cui non v'abbia nè convenzione, nè possesso quinquennale, o si tratti di un diritto che si eserciti in forza di una convenzione, che non ne specifichi e stabilisca il modo. — Spetta in tal caso all'autorità giudiziaria, sentiti gli uomini dell'arte; di determinarne la forma. Ma l'azione possessoria ha intanto sempre luogo quando avvengono atti, che recano pregiudicio all'oltreannale possesso, ossia al modo di godimento nel punto della presa, o nel canale e corso delle acque, alterandone la derivazione, la condotta e l'uso.

Digitized by Google

149. A termini dell'art. 621, le concessioni dell'acqua per un determinato servigio, senza che ne sia espressa la quantità, si intende fatta per la quantità necessaria a quel servigio; e chi vi ha interesse può in ogni tempo fare stabilire la forma della derivazione in modo, che ne venga ad un tempo assicurato l'uso necessario suddetto ed impedito l'eccesso. Se però è stata convenuta la forma della bocca, o se, in mancanza di convenzione, si è esercitato pacificamente per cinque anni la derivazione in una determinata forma, non è più ammesso alcun richiamo delle parti, salvo nel caso accennato nel precedente art. 620.

La facoltà di fare stabilire la forma della derivazione e la ragione formale del modo, che deriva dall'esercizio pacifico di cinque anni, possono soltanto formare oggetto di giudizio petitorio; ma il fatto del possesso esprime la mente delle parti interessate, e durando questo possesso da oltre un anno induce la presunzione del diritto, ed è tutelato conseguentemente dalla legge coi rimedi possessorii.

L'art. 622 con un concetto semplice, che pur esprime una formola scientifica, stabilì l'unità di misura dell'acqua, desumendo un principio di quantità comune, che denominò *modulo* e consiste in un corpo d'acqua che scorre nella costante quantità di cento litri al minuto secondo, e si divide in decimi, centesimi e millesimi. — E nelle nuove concessioni, in cui è convenuta una costante quantità d'acqua, deve questa esprimersi negli atti in relazione al modulo.

L'art. 623 comprende il caso di un diritto alla presa d'acqua continua, il cui esercizio possa aversi in ogni istante. — I Romani la chiamavano *aqua quotidiana*, se in ogni momento poteva prendersi *etiamsi aliquando ducta non est*; giacchè *quotidiana aqua non illa est, quæ quotidie ducitur, sed ea, qua quis quotidie possit uti, si vellet* (1).

Resta la ragione potenziale parificata all'uso effettivo, in quanto che la facoltà di poterla esercitare ad ogni istante attribuisce alla servitù la qualità di continua, e vi aggiunge il requisito della apparenza, giusta li già svolti principii; epperciò chi ne ha l'esercizio attivo può far valere i vantaggi del possesso.

(1) *Leg.* 1; *Dig., De aqua quot. et æstiva.*

Digitized by Google

Secondo poi gli articoli 624, 625, 626 e 627, la distribuzione si esercita coll'uso simultaneo o successivo, cioè in comune e contemporaneamente tra comproprietari o contenti, oppure successivamente per turno, a tempi e periodi determinati.

L'articolo 624 mantiene ancora l'antica distinzione derivante dall'interdetto del pretore (1), e quindi determina l'esercizio del diritto alla presa d'acqua, di cui all'art. 623, cioè per quella estiva dall'equinozio di primavera a quello d'autunno; per l'acqua iemale dall'equinozio d'autunno a quello di primavera; e per l'acqua distribuita ad intervalli di ore, giorni, settimane, mesi od altrimenti, nei tempi determinati dalla convenzione o dal possesso; e spiega infine come la distribuzione d'acqua per giorni e per notti si riferisca al giorno ed alla notte naturali, e come l'uso dell'acqua nei giorni festivi sia regolato dalle feste di precetto, vigenti al tempo in cui l'uso fu convenuto o si è cominciato a possedere.

Il possesso pertanto può essere base all'azione di manutenzione per rispetto alle condizioni d'uso dell'acqua, ove turbato, ma sempre secondo la modalità determinata dall'ultimo anno.

150. L'art. 625 si riferisce all'uso che successivamente si fa dell'acqua da più utenti per giorni od ore, nella distribuzione per *ruota*. Romagnosi (2) osserva che questa ruota non è altro che la serie successiva dell'uso dell'irrigazione medesima, che incomincia dal primo utente, e finisce coll'ultimo per ricominciare da capo; e che la durata dell'irrigazione di ogni utente suolsi denominare l'*orario* dell'irrigazione. — L'*orario* (aggiunge) può esistere senza la *ruota* tutte le volte che si tratti di un utente solo, o di più utenti contemporanei. Figurando di fatti una corrente, la quale possa a un solo tratto soddisfare a molte prese d'acqua temporanee, si verifica bensì la misura del tempo d'ogni utente, e però ha luogo un orario, ma non si verifica ruota veruna, perchè tutti gli utenti prendono nello stesso tempo la loro acqua.

La legge, per istabilire la competenza dell'acqua, il cui corso è ridotto ad uno stato d'interpolazione per l'uso alternato e discontinuo che ne fanno gli utenti, prese a base la ragione

(1) *Cit. Leg.* 1 e *Leg.* 6; *Dig., De aqua quot. et æstiva.*
(2) *Della condotta delle acque*, par. II, lib. 2, c. 5, § 3.

Digitized by Google

del tempo, apprezzandolo come elemento di valore, anzichè la ragione di quantità. Con ciò si semplificò e si rese più facile il ragguaglio comparativo tra i varii utenti, nella proporzione dei loro diritti.

Ogni utente ha ragione di godere integralmente l'acqua, che gli perviene al punto da cui la estrae; ma dovendo, secondo la distanza, impiegare un dato tempo, e l'acqua consumandosi nel suo corso ordinario e naturale, si consuma per conto dell'utente medesimo, che deve riceverla.

Sotto la denominazione di *coda dell'acqua*, di cui nell'art. 625, s'intende quell'acqua, che, finito il periodo della dispensa e tolta la comunicazione del canale derivatore col canale dispensatore, séguita a fluire al basso, finchè il canale non sia asciutto. Questa acqua residua spetta non a ciascuno degli utenti, ma soltanto all'ultimo che chiude il periodo della dispensa tornaria. Terminato il turno delle dispense, l'acqua non è più vincolata al diritto di utenti superiori, non potendosi più far risalire alla sorgente, nè al diritto di utenti successivi, che più non esistono; ed è giusto che ne profitti l'utente, che, come ultimo, non riceve che il residuo delle acque, talora minore de' suoi bisogni (1).

151. L'art. 626 considera l'aumento dell'acqua nei canali soggetti a distribuzione per ruota, causato da acque sorgenti o sfuggite, come un beneficio, e lo aggiudica agli utenti per turno, vietando di approfittarne fuori del tempo prefinito a ciascuno di essi.

L'art. 627 permette però, nell'interesse della libertà agricola bene intesa e qual mezzo di vantaggio a benefizio degli utenti, di variare o permutare fra loro il turno degli orari, o delle prese d'acqua, purchè tale cambiamento non rechi danno agli altri. Deve perciò la permutazione o scambio farsi in modo che non alteri il sistema e l'economia dei turni, e non rechi turbamento all'altrui esercizio.

L'art. 628, infine, divieta a chi ha diritto di servirsi dell'acqua come forza motrice, di impedirne o rallentarne il corso, procurandone il ribocco o ristagno, salvo ne sia autorizzato per espressa disposizione del titolo. Impiegata la quantità necessaria

(1) *Cassaz. di Torino*, 31 marzo 1875; *Gior. delle Leggi*, anno 6°, pag. 396.

Digitized by Google

a' suoi bisogni, deve lasciarla libera al suo corso, onde possa giovare agli inferiori, se pure raccolta in acquedotto di scarico non abbia una diversa destinazione preordinata dal suo proprietario. Scopo della legge è sempre quello di utilizzare in tutti i modi possibili questo elemento di prosperità e ricchezza.

In quali casi e per quali fatti possa quindi darsi l'azione possessoria per turbamento di possesso, è agevole dedurre dagli accennati principii. — E vuolsi poi sempre ritenere che chi ha un diritto di servitù deve usarne a norma del titolo o del possesso, senza far innovazioni che rendano più gravosa la condizione del fondo serviente; e che il modo della servitù potendosi prescrivere col possesso trentennario, ed anzi in alcuno degli addotti casi col possesso di cinque anni (articoli 668 e 620), il possesso oltreannale dà norma all'azione nei giudizi possessorii, a senso anche dell'art. 700, il quale in tutte le questioni di possesso in materia di servitù, dispone che la pratica dell'anno antecedente, e, quando si tratti di servitù esercitate ad intervalli maggiori di un anno, quella dell'ultimo godimento determina i diritti ed i doveri tanto di chi ne gode, quanto di chi la deve e di ogni altro interessato.

§ II.

152. Passando alla distinzione ed alla conseguente applicazione delle servitù in continue e discontinue, apparenti e non apparenti, vuolsi anzitutto considerare la ragione, per cui all'acquisto di alcune servitù non basta la virtù del tempo; e questa ragione sta nella natura stessa del possesso.

La legge dichiara che le servitù discontinue, quantunque apparenti, non possono acquistarsi col possesso, e che solo il titolo può dare alle medesime vita ed efficacia; e per contro le servitù continue ed apparenti sono suscettive di acquisizione col mezzo del solo possesso in via di prescrizione. — Questa diversità è la logica conseguenza del principio, secondo il quale il possesso dev'essere continuo e senza ombra di tolleranza e di precarietà. Se queste due categorie di servitù possono perciò aver

Digitized by Google

un'uguale sicura ragione di esistere nel titolo, come causa e prova del diritto, hanno dovuto distinguersi sul terreno della prescrizione, a fronte degli stessi principii generali, che le determinano.

E, a proposito di titolo, non è inutile di osservare che agli atti ordinari e liberi possono aggiungersi le sentenze, che, sebbene solo dichiarino e non costituiscano il diritto, s'intendono far ragione dei titoli, proclamando la sussistenza di una servitù.

I tribunali possono anche imporre le servitù in una giudiciale divisione od in un giudizio di subasta; e in tali casi le servitù assumono un carattere puramente convenzionale.

Può anche il titolo costituirsi in modo tacito ed indiretto, come nel caso di vendita di una parte d'un fondo, a cui un solo passaggio serva e possa servire. È questa una vera servitù convenzionale, che s'intende tacitamente stipulata. L'articolo stesso 595 del Codice Civile non fa che assicurare le conseguenze pratiche della convenzione. E se la legge collocò una tale servitù fra le legali, fu per istabilire che nella condizione di cose accennate nell'art. 595 non può trovare applicazione la disposizione dell'art. 593; cosicchè li terzi non sono punto tenuti alla prestazione del passaggio mediante indennità, ma devono darlo i venditori, permutanti o dividenti, anche senza indennità. — E quindi, supposto pure il caso che negli atti di vendita, permuta o divisione si rinunciasse alla ragione del passaggio stabilito da detto art. 595, questo patto non potrebbe recar pregiudicio ai terzi e rendere contro di essi applicabile l'art. 593.

Gli scoli derivanti dall'altrui fondo possono eziandio costituire una servitù attiva a favore del fondo che li riceve, all'oggetto di impedirne la diversione; e questa costituzione può legalmente derivare dalla prescrizione, ove il possesso abbia i caratteri giuridici già antecedentemente accennati (1).

(1) N° 109 e 113.

Digitized by Google

§ III.

153. Tutte le servitù possono pertanto formare il subbietto dell'azione di manutenzione. La sola differenza, che intercede tra le une e le altre, consiste in ciò, che per le servitù continue ed apparenti basta il possesso, che abbia l'estrinseca impronta della legittimità; e per le altre richiedesi un possesso, che abbia la sua causa e la dimostrazione nel titolo o nella legge, non potendo il nudo possesso, a riguardo delle servitù discontinue o delle continue non apparenti, produrre alcun effetto giuridico, come cosa precaria, fatto senza conseguenza, che la legge non solo non tutela, ma disconosce formalmente (art. 630).

In giurisprudenza, ritenendosi, non essere il possesso annale che una base, un tratto, un primo tronco della prescrizione, una frazione di quel possesso, che continuato pel tempo stabilito dalla legge produce la prescrizione della servitù, si consacrò la massima, che, quando vi ha impossibilità legale di acquisto del diritto di servitù per via di prescrizione, non vi può essere possesso operativo in verun momento; e che perciò il proprietario, il quale si oppone all'esercizio di un simile possesso, non commette un fatto riprovevole e non arreca nel senso della legge una molestia a chi esercita simile servitù, ma soltanto adopera un proprio diritto, impediendo la prosecuzione di atti considerati abusivi (1).

Rispetto poi all'essenza ed agli effetti legali della distinzione delle servitù in *affermative* e *negative*, per rapporto al tempo da cui può decorrere un possesso utile, già si trattò al N° 105.

(1) *Cassaz. di Torino*, 2 maggio 1853; *Giur. ital.*, vol. V, 1, 467. — Circa al titolo che in alcune servitù deve appoggiare il possesso, può, tra le altre sentenze, consultarsi quella della stessa *Corte di Cassazione*, 1° giugno 1873.

La seguente fattispecie e la relativa decisione, riferita da SIREY, tom. 10, par. I, pag. 334, tornano pure opportune a dimostrazione della citata giurisprudenza:

« Da lungo tempo Pelleport era solito di passare e di far passare i suoi carrettieri sopra un terreno di proprietà dei coniugi Carteret. Nel giorno 6 e 11 luglio 1807 questo possesso venne turbato dai coniugi Carteret, i quali

Digitized by Google

154. Un dubbio elevossi sul punto, se quegli, il quale pretende di avere sul fondo vicino una servitù discontinua, fece su questo fondo o sul fondo proprio lavori apparenti, atti a facilitarne l'esercizio, questi lavori manufatti possano, cambiando il carattere della servitù, renderla continua ed apparente e conseguentemente prescrittibile e suscettibile dell'azione possessoria,

scavarono un fosso per impedire il passaggio. E ne nacque perciò l'azione di manutenzione.

« I Carteret chiamati in giudicio sostennero per principio generale, che tale azione non era ammissibile nelle materie non soggette a prescrizione; che nel caso in questione la materia era un diritto di passaggio di servitù discontinue, diritto dichiarato imprescrittibile dalla legge; e che perciò non era il caso di azione di manutenzione.

« Il giudice di pace con sentenza delli 20 luglio 1807, rigettata l'eccezione dei Carteret, mantenne Pelleport nel possesso del diritto di passare.

« Appellarono da questa sentenza i coniugi Carteret, ed insistettero sulla applicazione del principio, che l'azione di manutenzione provvisoria non è ammissibile nelle servitù imprescrittibili. Qual è il fondamento, essi dicevano, di quest'azione? È la presunzione di proprietà, che milita a favore del possessore. Dunque, allorquando la natura del suo possesso è tale, che non ne possa risultare la presunzione di proprietà, non si dà più luogo a manutenzione. In vista di ciò tutti gli autori sono d'accordo, che la manutenzione non è dovuta ad un possesso acquistato *vi, clam, precario;* che parimente non è dovuta al possesso, che non ha per causa che la tolleranza del vicino. Ora la tolleranza del vicino si presume necessariamente allorchè il possesso non può produrre prescrizione. Dunque, in materia imprescrittibile il possesso non facendo presumere la proprietà, non può prestar fondamento alla azione possessoria.

« Sarebbe cosa assurda e contraddicente l'accordare al possesso annale l'efficacia di ottenere la provvisoria manutenzione, allorchè il possesso trentennario ed anche immemoriale non potrebbe produrre alcun effetto pel possesso definitivo o per la proprietà.

« Ma il Pelleport deviava l'effetto di questi argomenti nella seguente maniera: Tutto ciò sarebbe vero, egli diceva, se si trattasse di servitù *senza titolo;* se il possesso annale, a cui mi appoggio, potesse riputarsi effetto della *tolleranza.* Ma io sono in un caso affatto diverso; il mio diritto di passaggio è stabilito espressamente da un titolo (e difatti egli aveva prodotto un titolo delli 17 luglio 1774, celebrato fra i suoi autori e quelli dei coniugi Carteret). Allorchè pertanto usai del passaggio contrastatomi, lo feci in virtù del mio titolo; e se voi mi avete lasciato passare, egli è perchè voi conoscevate il mio titolo. Dunque in questo caso non vi è *tolleranza*, non vi è vizio nel mio possesso; perciò debbo essere mantenuto nel medesimo.

« Sofisma! replicarono i coniugi Carteret. Quivi si tratta di una azione possessoria; dunque non si deve ragionare come nella discussione del petitorio. Se siavi o non titolo in favore della servitù contestata, noi lo esamineremo nel giudicio definitivo, nel quale discuteremo sull'esistenza della

Digitized by Google

per una specie di mutamento di possesso. — E la Corte d'Appello delle Calabrie (1) giudicò che una servitù di passaggio può acquistarsi per prescrizione, se nel fondo serviente, con opere esteriori, si formò una strada visibile e permanente, per la quale il proprietario abbia perduto l'uso del suolo occupato.

Questa sentenza potrebbe avere fondamento, ove si trattasse di possesso a titolo di proprietà, ma non già in materia di servitù; — non potendosi questa acquistare salvo in forza di titolo, che tolga all'esercizio della servitù l'apparenza della tolleranza, nè altronde gli accennati lavori potrebbero dare alla

servitù. Nel nostro caso noi agitiamo solamente il punto se il possesso annale vesta i caratteri necessari ad ottenere la manutenzione. Dunque non vuolsi esaminare altro che il fatto del possesso considerato per sè solo, e co' suoi caratteri intrinseci o esteriori. Ma egli è tale, che, considerato per sè stesso, non compare che come l'effetto degli ufficii di buona vicinanza, e si presume in conseguenza dovuto a semplice tolleranza; dunque questo possesso non può servire di fondamento ad un'azione possessoria.

« Il Tribunale civile di S. Gaudenzio, con sentenza delli 20 luglio 1808, decise essere stato ben giudicato, e male appellato; e mantenne perciò Pelleport nel suo possesso, atteso il fatto del possesso annale e la produzione del suo titolo, al quale niuna legge vieta di dar valore nei giudicii possessorii.

« Ricorsero i coniugi Carteret in Cassazione per titolo di contravvenzione agli articoli 688, 691 e 2232 del Codice francese (articoli 638, 649 e 2367 del patrio Codice).

« E la Corte di Cassazione, sezione civile, con sua decisione delli 24 luglio 1810, ha rigettato il ricorso; atteso che, se il possesso annale di una servitù *discontinua* non può prestare diritto di intentare un'azione possessoria, egli è perchè il possesso in questa materia non potendo mai conferire un diritto alla proprietà della cosa reclamata, il possesso è sempre considerato *precario*, e perciò manca del carattere richiesto dalla legge. Ma non è più la stessa cosa quando questo possesso si presenta munito di *titolo:* giacchè allora non può più essere l'effetto di semplice tolleranza, nè essere riguardato come precario.

« Atteso che, se il giudice incaricato unicamente di statuire sul possessorio non può definitivamente giudicare della validità del titolo, egli può ciò non ostante ordinarne provvisoriamente l'esecuzione quanto al possesso, valersene per giudicare del carattere del possesso, e accordare il godimento provvisorio a colui che ha un possesso annale accompagnato da titolo, sotto la riserva di tutti i diritti delle parti in merito.

« Atteso che nel caso presente il possesso allegato dal Pelleport era accompagnato da un titolo, pel quale esso non poteva essere considerato come precario, e risultante da semplice tolleranza, e perciò davasi luogo all'azione di manutenzione, e il giudice di pace era competente. »

(1) *Sent.* 22 dicembre 1871; *La Giur.*, 1872, pag. 288.

Digitized by Google

servitù la qualità di continua. — L'azione possessoria non sarebbe perciò ammessibile (1).

E anche nel caso di esercizio (senza titolo) del passaggio per mezzo di una porta praticata in una casa per dare l'accesso sul contiguo fondo, deve diniegarsi l'azione possessoria; giacchè, se questa servitù può presentare un carattere apparente, non cessérebbe neanco essa di essere discontinua, occorrendo il fatto dell'uomo pel suo esercizio (2).

155. Si elevò pure la questione sul punto, se la servitù discontinua può divenire prescrittibile a cominciare dal giorno, in cui quegli, che la esercita, ha dichiarato al proprietario del fondo serviente di reclamarla come un diritto, per esempio se a questo ultimo, che abbia manifestato l'intenzione di chiudere il suo fondo, fu intimato di astenersene. Alcuni autori risposero affermativamente, osservando che il possesso del passaggio sul fondo altrui non costituisce un vero possesso, tale da poterlo difendere in via possessoria, ma che, se lo si esercitò dopo *una contraddizione,* ebbe incominciamento allora un nuovo stadio di giuridico possesso. — Non può in tal caso più presumersi la semplice tolleranza per parte del proprietario che, dietro la diffida datagli, desistette dall'opera ideata. — Una siffatta opinione potrebbe comparire assai logica per rapporto ai principii generali; ma trova la sua condanna nella disposizione dell'art. 630, il quale non ammette che il titolo per l'acquisto delle servitù continue non apparenti e per le discontinue, sieno o non sieno apparenti; ed il godimento di una servitù dopo un semplice atto di contraddizione non può certamente tener luogo di titolo legale (3).

Un'altra questione elevossi in ordine all'esercizio d'una servitù discontinua, praticato in forza di un titolo *a non domino*, se un simile possesso possa produrre l'azione possessoria. — Pothier osserva che se il possessore del fondo vicino, che ne è considerato ma non è effettivamente proprietario, accorda su questo fondo un diritto di servitù, rimane inefficace la concessione, non potendo conferire diritto su di una cosa, sulla quale non ne ha

(1) *Cassaz. franc.*, 21 ottobre 1807.
(2) DALLOZ, *Rep., Act. poss.*, n° 448.
(3) BELIME, *Act. poss.*, n° 257; DALLOZ, *Cit. loc.*, n° 450.

Digitized by Google

alcuno, e che tuttavia l'acquisitore conseguisce *causam usucapiendi;* ed in tal caso il costui possesso non può dirsi destituito di titolo, derivando esso da un atto di acquisto *ab eo, quem bona fide credebat dominum esse.* — Un tale possesso non può conseguentemente considerarsi di tolleranza, giacchè lo esercita come un vero diritto di servitù, che gli appartiene per creduto giusto titolo (1). — Altri autori a vece osservano che non potendosi siffatte servitù acquistare, che in virtù di un titolo, si deve intendere di acquisto pel solo titolo, e non col mezzo di titolo che abbia bisogno di trovare appoggio nell'effettivo possesso.

Dalloz (2) opina però, doversi preferire l'opinione di Pothier, trovando troppo letterale e sottile l'interpretazione data da questi ultimi all'art. 691 del Codice francese (630 del Codice italiano); però sempre quando il possesso, fondato su titolo emanato *a non domino,* non abbia un carattere equivoco, ma risulti dalle circostanze che il proprietario del fondo servente ha dovuto conoscere, che la servitù esercitata sul suo fondo la era a titolo di diritto e non a titolo di semplice famigliarità. Senza questa condizione il possesso sarebbe inefficace e l'azione possessoria irricevibile.

La Corte di Cassazione di Torino (3) ebbe a decidere, in ordine a servitù di pesca in fiume demaniale, che, se privati si contendono il diritto a questa servitù, non è applicabile la massima per la quale il possesso anche immemoriale di servitù continue non apparenti o discontinue non basta a stabilirle: — Attesochè, dice la sentenza, quando il diritto di pesca si potesse ritenere quale diritto di servitù, potrebbe avere applicazione tra il proprietario del terreno confrontante al fiume ed il proprietario del fiume, tra fondo dominante e fondo serviente, ma tra due che ugualmente pretendono allo esclusivo diritto di una pretesa servitù, l'art. 630 non può avere applicazione.

A termini, infine, degli articoli 629 e 632, la destinazione del padre di famiglia tien luogo di titolo nelle servitù continue

(1) *Introd. al tit. delle servitù,* n° 8; TOULLIER, tom. 3, n° 629; BELIME, n° 258. *V.* anche *Cod. civ.*, art. 701.

(2) *Rep., Act. poss.*, n° 451.

(3) *Sent.* 21 luglio 1872; *La Giur.*, 1872, pag. 630.

Digitized by Google

ed apparenti; ma questa disposizione non ha importanza che nel petitorio, perchè dispensa dallo stabilire la prescrizione; e non può averne alcuna nel possessorio, in cui il possesso oltreannale è sempre richiesto per l'azione di manutenzione, e le servitù, a cui si riferisce detto titolo, sono quelle prescrittibili; cosicchè non occorre che invocare il possesso stesso.

156. Alle osservazioni già avanti fatte circa alla opposizione del proprietario, che intende d'impedire sul suo fondo l'esercizio di una servitù, voglionsi ancor aggiungere alcune considerazioni.

A questo proprietario spetta in generale l'azione possessoria, denominata negatoria, per farsi mantenere nel libero possesso del suo fondo, anche da servitù stabilite da titolo, ma non esercitate da oltre un anno. E si disse *in generale*, essendovi una eccezione per le servitù, il cui esercizio sia legittimo, ma determinato a lunghi intervalli, eccedenti l'anno, stante il loro oggetto e la destinazione. Di fatto, nel tempo intermedio, in cui non ne occorre l'uso, si posseggono coll'intenzione; epperciò, quand'anche non esercitate materialmente durante un anno, non darebbero causa e fondamento a detta azione.

Sta intanto sempre la regola generale, secondo la quale se per lo spazio di un anno non si usa di una servitù continua ed apparente o di una servitù discontinua, ma fondata su titolo, il proprietario del fondo serviente può intentare l'azione possessoria contro il proprietario del fondo dominante, che tentasse riprenderne l'uso. La servitù rimane estinta quando non se ne usi per lo spazio di trent'anni, come stabilisce l'art. 666; e conseguentemente il non uso per un anno fa presumere la libertà del fondo preteso servente, e può il proprietario far valere un possesso libero da servitù.

Sul tema delle servitù e dell'abbandono del possesso la Corte di Cassazione di Firenze (1) stabilì le massime seguenti:

Chi ha consentito alla rimozione di un'opera ed al suo collocamento in altro luogo, non può esercitare l'azione possessoria per la riduzione *in pristinum* dell'opera stessa, malgrado non possa considerarsi, per ciò solo, rinunziante alla servitù. Devesi interpretare questo consenso non già come una rinunzia al diritto

(1) *Sent.* 16 febbraio 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 659.

Digitized by Google

di servitù, o come un fatto che rechi qualche modificazione alla servitù stessa, sibbene come un abbandono del possesso della servitù, che abbia potuto competergli. Non vuolsi confondere il diritto stesso di servitù, in ordine al quale la legge non ammette convenzioni, se non fatte per atto scritto, col possesso della servitù, il quale può perdersi col solo fatto denotante l'animo di abbandonarlo, senza che la perdita del medesimo importi per necessaria conseguenza la rinunzia al diritto, cui si riferisce. Una sentenza pertanto, la quale ritiene abbandonato il possesso della servitù pel consenso alle innovazioni, non è punto censurabile, se da tale dichiarazione non altro deduce (come fece quella deferta alla Cassazione), che la perdita dei vantaggi dipendenti dal possesso, cioè del diritto di esercitare le azioni possessorie, salvo l'esercizio del diritto in sede petitoria.

§ IV.

157. I principii svolti in ordine al passaggio, per l'acquisto cioè di questa servitù, non sono applicabili alle vie vicinali, le quali sono considerate come proprietà comuni ai varii possessori dei fondi cui servono. — Per conseguenza, esercitandosi il passaggio *jure proprietatis, non jure servitutis,* e così reclamandosi il passaggio, per diritto di proprietà, riesce manutenibile il relativo possesso, e il turbamento autorizza l'azione possessoria (1).

Per istrade vicinali s'intendono le vie aperte sulle terre dei vicini confrontanti, all'oggetto di mettere le terre stesse in comunicazione con una strada pubblica (2).

La via vicinale, giusta la definizione data dalla Corte di Cassazione di Napoli (3), si ha quando più proprietari mettono in comune delle zone di rispettivi fondi, destinandole a costituire una via che tutti possedono ed usano per l'accesso ai loro fondi

(1) *Cassaz. di Napoli,* 30 novembre 1872; *La Giur.,* 1873, pag. 541.

(2) *Cassaz. di Milano,* 31 maggio, 27 giugno e 18 luglio 1861. — BETTINI, GIURIATI, vol. XIII, 1, 560, 672 e 853; vol. XIV, 1, 772.

Cassaz. di Napoli, 12 maggio 1874; *La Giur.,* 1874, pag. 520.

V. Framm. 2, §§ 22 e 23; *Dig., Ne quid in loco pub., vel itinere priv.*

(3) *Sent.* 27 febbraio 1869. — BETTINI, GIURIATI, vol. XXI, 1, 133.

V. Framm. 2, §§ 22 e 23; *Dig., Ne quid in loco pub., vel itinere frat.*

Digitized by Google

stessi. — Queste vie non sono pubbliche, perchè costituite da privati sui loro terreni; e non si devono confondere colle servitù di passaggio, usandone gli utenti come di cosa comune in virtù del diritto di condominio.

158. Le vie vicinali, potendo anche essere sottoposte a servitù pubblica di passaggio, sono in tal caso soggette alla vigilanza delle autorità comunali (1). Nacque, in ordine a queste strade aggravate di pubblica servitù, la questione, se un coutente potesse in via possessoria agire contro altro coutente, che gli avesse turbato l'uso del passaggio, scavando, ad esempio, un fosso che gl'impedisse il libero accesso al proprio fondo con carri.

Siffatta questione venne risolta in senso affermativo dal pretore di Spilimbergo; ma in appello il tribunale civile di Pardenone riformò la sentenza del pretore per motivo d'incompetenza della autorità giudiciale civile, considerando che, essendo dette strade soggette alla *vigilanza* dell'autorità amministrativa, spettava esclusivamente a questa il diritto di constatare le contravvenzioni alla legge su di esse operate e di perseguitare con azione penale i contravventori. — Ma la Corte di Cassazione di Firenze (2) ritenne giustamente che il tribunale, così giudicando, male interpretò gli articoli 19, 51, 84, 374, 376, 377 e 378 della legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, alleg. F; la quale, mentre a riguardo delle vie *nazionali, provinciali* e *comunali* riconosce nello Stato, nelle Provincie e nei Comuni il diritto di proprietà coll'obbligo correlativo della loro sistemazione e mantenimento (articoli 22, 30, 37, 39), a riguardo delle *vicinali*, sottoposte a servitù pubblica di passaggio, si limita a dichiarare che sono soggette alla vigilanza delle autorità comunali, e lascia a carico

(1) La *Legge* 20 marzo 1865 sui lavori pubblici si occupa delle strade vicinali soggette a servitù pubblica, e dichiara essere esse soggette alla vigilanza delle Autorità comunali, e la loro riparazione e conservazione a carico di quelli che ne fanno uso per recarsi alle loro proprietà, sia che queste si trovino o non contigue alle strade stesse, quando per diritto o per consuetudine un tale carico non ricada sopra determinata proprietà o persona. Per le strade più importanti, il Municipio può essere tenuto a concorrere nelle spese di riparazione.

(2) *Sent.* 19 gennaio 1874; *Giur. ital.*, vol. XXVI, 1, 5.

V. anche *Sent. della Corte di Cassaz. di Napoli*, 27 febbraio 1869. — *Cit. Giur.*, vol. XXI, 1, 133.

Digitized by Google

di quelli, che ne fanno uso a servizio delle loro proprietà, le riparazioni e la conservazione (articoli 19 e 51). Aggiunse che questo diritto di sorveglianza, attribuito ai Comuni su dette vie all'unico scopo d'impedire che sia tolto o reso deteriore il passaggio del pubblico su di esse, non può aver estinto il diritto dei privati coutenti di far cessare le turbative, che l'uno di loro commetta a danno dell'altro, impediendo o rendendo più malagevole il libero accesso ai proprii fondi. Gli articoli 84, 374 e seguenti della legge contengono prescrizioni, che si riferiscono ai modi ed alle forme di esercitare e far valere detto diritto di *sorveglianza* spettante ai Comuni nel solo interesse della servitù pubblica; ma non escludono che un privato, il quale, oltre ad avere, come ogni altro del popolo, il diritto di transitare pubblicamente per una di siffatte vie, abbia pur l'altro diritto, come possessore di fondi adiacienti, di usarne a servizio di questi, possa tutelare esso stesso l'esercizio di questo privato diritto con ogni genere di azione civile, anco meramente possessoria, contro un altro coutente che ne lo abbia turbato, alterando lo stato normale della via. — Nel concetto contrario, ritenuto dalla sentenza denunziata, converrebbe dedurne la strana conclusione, essere stata volontà del legislatore, o che l'autorità comunale spieghi sì largamente la tutela sulle vie vicinali da garantire non solo la pubblica servitù, ma anche i diritti privati degli utenti; o che questi diritti debbano, per un'eccezione singolare, rimaner privi di quell'azione civile, che è istituita a difesa del possesso legittimo. — Perciò annullava detta sentenza del tribunale di Pardenone.

La Corte di Cassazione di Torino (1) già aveva pure riconosciuto, avere gli utenti di simili strade qualità legittima per difendere il loro possesso e potere perciò chiederne, senza il contraddittorio del Comune, la manutenzione, in caso di turbamento.

La giurisprudenza ritenne anzi, potere un privato far risolvere persino le molestie di terzi al suo possesso di passaggio sulla strada comunale (2).

(1) *Sent.* 26 gennaio 1857; *Giur. ital.*, vol. IX, 1, 129.
(2) *V.* n° 82.

Digitized by Google

§ V.

159. A termini dell'articolo 21 della legge transitoria 30 novembre 1865, le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, le quali, al giorno dell'attuazione del nuovo Codice, sono state acquistate secondo le leggi anteriori, sono conservate.

Uno pertanto, che abbia sotto il reggime delle leggi passate acquistato, per esempio, il diritto ad un passaggio, mercè la prescrizione, può esso pretendere d'essere attualmente mantenuto nel possesso di questa servitù, non più accordato dalla vigente legge che al possessore munito di titolo? È questa una questione già elevatasi sotto il Codice Civile Albertino.

Alcuni sostennero, doversi per l'apprezzamento dell'attuale possesso tener conto del possesso anteriore al nuovo Codice, in quanto che se il possesso dell'ultimo anno si congiunse a un possesso prescrittivo anteriore, non vuolsi separar da questo, formando l'un e l'altro una sola catena, il cui primo anello è assai discosto e l'ultimo ci sta vicino, sotto gli occhi; e tutta insieme ci presenta una servitù non solamente prescrittibile, ma prescritta. Perciò la ragione alla servitù, acquistata secondo le preesistenti leggi per via di prescrizione, tiene luogo di titolo e deve, in caso di turbativa, ammettersi la prova dell'anteriore possesso prescrittivo, onde determinare la legittimità del possesso attuale. E siccome può prodursi nel giudizio possessorio il titolo per dimostrare detta legittimità, non potrebbe impedirsi la prova del titolo derivante dalla prescrizione. Sostenne anzi qualche autore che, il precedente possesso essendo legittimo agli occhi della legge allora vigente, tale pur doveva considerarsene la continuazione sotto la nuova legge; e che perciò era lecito di risalire all'antico possesso per giudicare della presunta legittimità del possesso attuale.

Ma, a buon diritto, si rispose che l'azione di manutenzione essendo appoggiata al possesso dell'anno anteriore alla molestia, solo dai caratteri di questo oltreannale possesso si doveva giudicare. — Se difatti si congiunge il possesso recente coll'antico,

Digitized by Google

non si giudica più del possesso annale, ma del possesso prescrittivo, ossia del merito in petitorio. O si considera il possesso annale separato dal precedente possesso, e un anno di servitù discontinua, esercitata sotto la vigente legge, non può produrre alcun diritto. O lo si considera riunito all'antico possesso, ed allora s'invade il campo del merito e si cumula il possessorio col petitorio. Non via di mezzo: O rivendicare tutta la catena della prescrizione in un giudizio di merito, o scindere quella catena, limitando l'azione al provvisorio rimedio della manutenzione per assicurarne l'ultimo anello. Nel primo caso uno può dire: *La servitù è prescritta, dunque domando che me ne sia conservato l'uso e il godimento;* ma nel secondo non può dire: *La servitù è prescritta*, sibbene unicamente: *La servitù è prescrittibile, dunque domando che me ne sia provvisoriamente conservato il possesso.* — Ed è evidente che non può dire: *La servitù è prescrittibile*, se la servitù discontinua non ha fondamento in un titolo. — Non vuolsi in conclusione confondere l'essenza e gli estremi di un'azione possessoria coll'essenza e cogli estremi di un'azione petitoria (1).

Non può nemmeno dirsi che la prova minore si contenga nella maggiore, perchè il giudice non può ammettere questa maggior prova, senza uscire dai limiti di sua giurisdizione. — L'anno di possesso, che si propone e deve giustificarsi nel possessorio, vuol essere isolato dal rimanente possesso, che l'attore può avere o non aver avuto; perchè senza tale isolamento non siamo più in causa di possesso annale (2).

Risalire al possesso dei tempi anteriori, ad epoca remota che abbracci una lunga ed oscura serie d'anni prima del Codice Civile, non è più conoscere di un attuale possesso, confortato da titolo scritto o da titolo *ipso jure* conferto dalla legge, ma è voler cercare di costituirne uno con elementi, che sfuggono al giudizio possessorio. — Si tratterebbe in effetto non già di consultare, ma di definire un titolo con mezzi di prova, che solo spettano al petitorio. Conseguentemente, per giungere alla

(1) *Il Notajo*, giornale di *Giur.*, anno VII, pag. 360.
(2) *Sent.* 13 maggio 1842 del *Sen. di Piemonte; Diar. for.*, 1842, vol. XXXVIII, pag. 165.

Digitized by Google

soluzione della questione possessoria, dovrebbe farsi precedere la indagine e la ricognizione del diritto, che si vorrebbe acquisito per prescrizione, e così instituirsi un giudizio di merito, per conoscere se prima della nuova legge siasi realmente col possesso acquistato il diritto alla servitù. — E difatti non basterebbe neanco accertare l'esistenza di un possesso anteriore alla nuova legge, ma si dovrebbe accertarne la durata pel tempo necessario alla prescrizione; giacchè, se un solo giorno mancasse al compimento del possesso prescrittivo, senza utile effetto rimarrebbe questo possesso, non avendo più potuto continuare e compiersi dopo la nuova legge.

Il legislatore, mantenendo le servitù discontinue già prima acquistate col possesso, rese omaggio ad un inalterabile principio di ragione, che è superiore allo stesso arbitrio dei legislatori, al principio, cioè, che vieta di dare alle leggi effetto retroattivo. Ma ha potuto, senza retroagire, ricusare per l'avvenire a certi fatti gli effetti, che le leggi anteriori loro attribuivano. Perciò, mentre riconosce e rispetta le servitù discontinue, acquistate coll'antico possesso, e concede l'azione *confessoria*, diniega ogni effetto al possesso di tali servitù sotto il Codice Civile e la conseguente azione di manutenzione.

160. Per decidere, in sostanza, sull'ammessibilità dell'azione possessoria, sia per rapporto ai caratteri del possesso e sia per rapporto alla natura della novità turbativa, devesi solo stare al Codice Civile, sotto il cui impero si verificarono i fatti e si spiegò l'azione. — E ognun vede quanto grande sia la differenza, che esiste tra il caso di verifica di un titolo convenzionale o derivante dalla legge ed il caso di una questione suscettiva di serie contestazioni, di prove e controprove e così d'incerta e non pronta intuizione, qual è quella di stabilire la ragione di una servitù, in forza di prescrizione compiutasi sotto la legge precedente, onde poter conchiudere sulla efficacia del possesso attuale.

Il giudice del possessorio, in presenza della legge che gli limita la competenza al possesso annale, può solo occuparsi di questo. — La facoltà datagli di consultare gli esistenti titoli, per accertarsi dei caratteri del possesso stesso, non può di certo estendersi al punto d'investigare e previamente giudicare, se

Digitized by Google

l'attuale possesso abbia fondamento nel titolo, che deriva dalla prescrizione, e così se sotto altra legge, in tempi lontani, siasi questa prescrizione compiuta.

Ed al principio scientifico corrisponde pienamente la costante giurisprudenza patria (1); e anche testè la Corte di Cassazione di Torino (2) giudicò che, a mente dell'art. 630 del Codice Civile italiano, solo può aprire l'adito all'azione in manutenzione quel possesso che, protratto per un trentennio, sarebbe capace di indurre l'acquisto della cosa posseduta col mezzo della prescrizione; e che quindi, riconosciuto che il possesso della servitù discontinua sotto l'osservanza dello stesso Codicè non sarebbe atto a produrre un simile effetto, convien conchiudere che quel rimedio in fatto di servitù discontinue è dalla nuova legge negato.

Ben è vero, soggiunge la Corte, che in varie Provincie dello Stato, e segnatamente nella Lombardia, la legislazione anteriore ammetteva l'acquisto delle servitù discontinue, apparenti o non anche col mezzo del possesso per un certo determinato tempo, e che l'art. 21 della legge transitoria ha conservato quelle che, prima dell'attuazione del nuovo Codice, erano state con tal mezzo acquistate. Ma il rispetto, che si ebbe ai diritti anteriormente acquisiti, farà bensì che l'acquisitore della servitù discontinua, mediante prescrizione, potrà in via petitoria giustificare la spettanza in lui della servitù, nell'esercizio della quale venne molestato, ma non l'autorizzerà mai a chiedere in via possessoria la manutenzione in dipendenza d'un possesso, che il vigente Codice Civile dichiara incapace a radicare la prescrizione, e che solo accorda quando il possesso sia munito di titolo.

E, infine, considera la Corte che il tribunale civile di Bergamo colla sentenza denunciatale violò detto art. 630, ritenendo protetto dalla legge e manutenibile il possesso oltreannale della

(1) *Cassaz. di Torino*, 7 gennaio 1850, 23 febbraio 1854 e 14 settembre 1868; *Giur. ital.*, vol. II, 1, 2; vol. VI, 1, 156, e vol. XX, 1, 882. — *V.* pure vol. I, 1, 183; MANTELLI, vol. XI, pag. 491.

Cassaz. di Torino, 14 settembre 1868; *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 882.

Cassaz. di Firenze, 7 ottobre 1872; *La Giur.*, 1873, pag. 101.

(2) *Sent.* 16 luglio 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 868. — Sono pur ivi, in nota, citate alcune *Sent.*, fra cui una della *Corte di Cassazione di Firenze*, 28 giugno 1875.

Digitized by Google

servitù di attingere acqua da un pozzo altrui, esercitato sotto il vigore del Codice Civile italiano; e che falsamente applicò l'articolo 21 della citata legge transitoria, invocando a fondamento del suo giudicato anche il possesso immemoriale della stessa servitù, avuto anteriormente all'osservanza di questo Codice; possesso che non poteva giovare per l'azione in manutenzione, se prima non era riconosciuto con apposita sentenza in giudizio petitorio.

SEZIONE OTTAVA

Banchi in Chiesa. — Decime.

---

§ I.

161. Alle osservazioni già fatte circa ai diritti reali, in ispecie nei N^i 98 e 99, occorre aggiungere alcuni riflessi in ordine ai diritti di tenere banchi in chiesa e di decimare.

Il diritto di tener banchi in chiesa è una specie di diritto reale, che partecipa dell'uso e della servitù. — È una ragione annessa intrinsecamente al patronato, e, prima dell'abolizione del feudalismo, spettava pure al Vassallo, a titolo di onorificenza. È intanto massima, potersi detto diritto acquistare nei modi ordinari, per titolo o per via di prescrizione.

Secondo l'antica giurisprudenza, *Hæc jura sedilia privata in ecclesia habendi per Episcopum laicis concedi posse communiter resolvunt Hostiensis Abbas et cæteri canon. in cap. abolendæ. Imo ex sola tolerantia Episcopi vel Rectoris, et tacito consensu ex ea inducto quoad usum acquiri poterunt* (1). Se però la chiesa era patronata, non poteva il Vescovo permettere la riposizione del banco, senza l'assenso del patrono, considerandosi incombergli il dovere di difendere la chiesa dall'imposizione di una qualsiasi servitù.

(1) ABBAS, n° 5, *et* ANANIUS *in princ.*, n° 4; MANTELLI, vol. II, pag. 428 e seg.

Digitized by Google

Nella decisione Rotale 781 si dichiarò che *Locus in ecclesia possessus, videntibus et patientibus rectore, clero et hominibus loci, acquiritur per decennium* (1); richiedevasi quindi anche l'assenso della popolazione, come ragion voleva.

La qualità di cose fuori di commercio nelle chiese destinate al culto non si considerò mai di ostacolo all'acquisto di questo diritto, essendosi sempre ritenuto come cosa temporale e per nulla contraria alla destinazione delle chiese. — Se il *Jus habendi sedilia vel scamna privata in ecclesiam, tamquam in re spirituali, per laicos haberi non potest, hoc intelligi debet quoad jus vel dominium istarum rerum*, non già rispetto all'uso, *secus vero quoad usum, cuius laicos capaces esse certissimum est* (2).

L'antico R. Senato di Torino, con sentenza 8 febbraio 1683, statuiva che, sebbene il suolo della chiesa sia per sè inalienabile, ad ogni modo era per costante consuetudine permessa la vendita dei banchi posti in chiesa, e così la concessione di tenere i banchi, come una conseguenza o modificazione del diritto, spettante a ciascuno dei parrocchiani, di assistere in chiesa alle funzioni del culto; diritto questo che *non continet causam mere spiritualem, sed in facto potius, quam in jure consistit.* Perciò stabilito una volta un siffatto diritto, mediante il possesso esclusivo per parte di determinate persone, assumeva, rispetto agli altri contenti ed intervenienti nella chiesa, i caratteri d'un vero diritto reale, trasmessibile, perpetuo ed alienabile. E così pure decideva con altra sentenza 21 giugno 1769 (3).

162. Secondo il diritto moderno la privativa di un banco in chiesa è pure considerata come un temperamento all'uso della chiesa, che compete alla popolazione, in ordine cioè al luogo e al modo di assistere alle funzioni religiose. — E nel possesso del banco o sedile in chiesa non s'intende tanto la proprietà materiale del mobile, quanto il diritto di tenere il medesimo nel sito determinato.

La vendita o concessione di questo diritto può essere fatta dall'amministrazione della chiesa e dalla rappresentanza civile

(1) *Prat. leg.*, par. 2, tom. 10, pag. 145, ant. ediz.
(2) ABBAS *et* ANANIUS, *Cit. luog.*
(3) MANTELLI, vol. II, pag. 448; *Prat. leg., Cit. luog.*, pag. 158 e 159.

Digitized by Google

della popolazione, di accordo col patrono, se patronata; epperciò il relativo possesso vuolsi rispettare come l'espressione di un presunto diritto. Se la popolazione, o chi la rappresenta, o chi ha una podestà tutelare sulla chiesa non contraddice al fatto palese, dimostra di assentirvi e ne ammette col silenzio la ragione. — Perciò questo possesso, durato pel tempo voluto dalla legge, ne afferma il diritto in via di prescrizione; ed esercitato da oltre un anno può autorizzare l'azione di manutenzione in caso di turbamento; ed anche dare ragione alla reintegrazione nel caso di spoglio (1).

La Corte d'Appello di Casale, con sentenze 11 dicembre 1869 e 24 febbraio 1874 (2), rendendo omaggio a detti principii, osservò che il tenere i banchi in chiesa in un sito determinato fu sempre reputata cosa meramente temporale, alienabile al pari d'ogni altro diritto, epperciò suscettiva di possesso e della conseguente manutenzione; ed aggiunse che il diritto ad un banco ed al posto che occupa affermandosi continuamente agli occhi e a scienza di tutti gl'interessati, non v'ha alcuna necessità di un atto qualunque di opposizione per dar principio ad un possesso utile, astrazione anche fatta della presunzione, che nel possesso fa presupporre il titolo.

La Suprema Corte di Milano (3) riconobbe pure, potersi acquistare siffatto diritto col titolo e col possesso; e decise che il possesso di un banco in chiesa non è interrotto dall'essersene servito il pubblico, quando non ne usava il padrone, pel semplice uso cioè naturale del banco per parte degl'intervenuti in chiesa, che non l'abbiano veduto occupato dal vero possessore; e che non è neanco interrotto dall'essere stato traslocato il banco per disposizione generale di chi regge la chiesa, in date circostanze, per un motivo di buon ordine, per esempio in occasione delle missioni.

La Corte d'Appello di Torino riconobbe eziandio con recente sentenza (4) che il diritto di tenere banchi e sedie in chiesa

(1) MANZELLI, vol. II, pag. 425 e seg.
(2) *Giur. ital.*, vol. XXI, 2, 917. — *La Giur.*, 1874, vol. XI, pag. 413.
(3) *Sent.* 13 giugno 1860; *Giur. ital.*, vol. XII, 1, 238.
(4) *Sent.* 22 giugno 1871; *Riv. amm.*, anno XXII, pag. 783.

Digitized by Google

può acquistarsi colla prescrizione; e che devono perciò ammettersi i capitoli di prova, tendenti a stabilire il possesso di questa servitù sul suolo della chiesa.

§ II.

163. Le decime costituiscono anche un diritto reale, come quelle che si soddisfano in ragione dei possessi, a guisa di altrettanti canoni enfiteutici.

Il diritto di decimare, la cui origine si perde nell'antichità dei tempi, si considerò sempre come l'esercizio di un dominio su parte del fondo, che n'è aggravato, ossia su parte dei frutti, e per conseguenza al relativo possesso si attribuì la ragione di tutela affidata all'azione possessoria (1).

La patria giurisprudenza, nell'applicazione della legge attuale, accettò i principii dell'antica dottrina, annoverando il diritto di decimare fra le cose immobili o diritti immobiliari, che la legge protegge coi rimedi possessorii. Il diritto è, in effetto, reale per riguardo al fondo che le deve pagare, e così per l'oggetto cui si riferisce.

Perciò chi è al legittimo oltreannale possesso del diritto di decimare, può farvisi mantenere, se turbato per impedimento frapposto all'esercizio del possesso, sia col contrasto ed interdizione alla raccolta della consueta rata dei frutti, sia col diniegarne il pagamento, in cui si trasforma e si risolve ogni obbligazione di dare.

Il rifiuto però del pagamento non arreca naturalmente un turbamento di possesso, ove non costituisca una obbiezione ed opposizione al diritto di esigere.

164. La Corte di Cassazione di Napoli (2) riconoscendo, potersi secondo il Codice italiano annoverare la decima fra i diritti reali, il cui possesso è manutenibile, osservò che la redimibilità non

(1) *Prat. leg.*, par. 2, tom. 10, pag. 292 e seg.
FAB., *Cod.*, lib. I, tit. III, def. 58; *Diar. for.*, vol. XVI, pag. 164; *Giur. ital.*, vol. II, 2, 595, e vol. VII, 2, 805.
(2) *Sent.* 11 novembre 1873; *Giur. ital.*, vol. XXV, 1, 768.

Digitized by Google

poteva cambiare l'indole del diritto di decimare. — Questo diritto esprime il dominio di una parte del fondo, e per nulla vi detrae una legge, che, informata ai sani principii di pubblica economia, mira ad affrancare beni da un siffatto vincolo e a ridonarli al libero commercio.

La Corte di Cassazione di Torino (1) ritenendo pure, essere la decima sui frutti un diritto reale, il diritto cioè di esigere da possessori di stabili una decima, fino a che vi sia affrancazione, dichiarò, estendersi al medesimo la tutela che deriva dall'istituto delle azioni possessorie. E decise inoltre che gli atti di turbamento, benchè commessi in tempi diversi, purchè tutti entro l'anno dal primo di detti atti all'iniziamento di un giudizio regolare per manutenzione in possesso, non si possono considerare distinti gli uni dagli altri per dedurre che i primi abbiano operato l'effetto di togliere al decimante il possesso annale, epperciò anche la facoltà di proporre l'azione di manutenzione. Questi atti devono a vece considerarsi come fatti concorrenti a costituire una turbativa unica, collo scopo di contrastare al decimante un diritto di natura individuo.

A meglio comprendere il concetto di questa sentenza, giova notare che si trattava di prima turbativa, cominciata nel 1865 e susseguita da altra nel 1866. Il perturbatore opponeva di irricevibilità all'azione, perchè il turbamento arrecato nel 1866 fosse un fatto nuovo, e il possesso dovesse conseguentemente considerarsi già interrotto all'epoca, in cui si promosse l'azione possessoria. Ma gli si rispose che l'azione era stata proposta dentro l'anno, a partire dal detto primo atto di turbamento.

La stessa Corte (2) riconoscendo, potersi, in mancanza di un titolo originario costitutivo del diritto alle decime, dimostrarne l'acquisto colla prescrizione, mediante il relativo possesso della ragione di esigere le decime sui frutti dei beni situati nella parrocchia, di cui nella fattispecie si trattava, stabilì che la prestazione delle decime si presume sempre obbligatoria, e quindi *animo domini* il relativo possesso, e che incombe a chi vuol escludere l'*animo domini* la prova contraria.

(1) *Sent.* 15 maggio 1868; *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 481.
(2) *Sent.* 7 febbraio 1870; *La Giur.*, 1870, pag. 248.

Digitized by Google

E con altra sentenza (1) dichiarò anche che la prestazione deve continuarsi in quella quantità e in quei modi, con cui fu sempre soddisfatta.

La massima poi, secondo cui si presume il possesso intermedio, quando si provi l'antico e l'attuale, si applica eziandio al fatto delle decime (2).

(1) *Sent.* 5 giugno 1857; *Giur. ital.*, vol. IX, 1, 537.
(2) *Giur. ital.*, vol. VII, 2, 805.

Digitized by Google

CAPO QUARTO

Dell'universalità dei mobili.

---

165. La divisione fra possesso e proprietà, di cui la cosa immobile è suscettiva e che costituisce l'organismo dell'azione possessoria, non può applicarsi ai mobili, la cui proprietà si confonde generalmente e si immedesima col possesso. Perciò l'azione di manutenzione, che è di natura reale immobiliare, non può cadere sui singoli mobili.

Il loro possesso è attributivo siffattamente di proprietà, che produce a favore del terzo di buona fede l'effetto stesso del titolo: e l'art. 707 del Codice Civile provvede ad uno dei maggiori bisogni dell'odierna economia della società. Difatti l'attuale rapidità degli scambi e la confidenza, che è l'anima del commercio, diverrebbero impossibili, se pel sicuro acquisto delle cose mobili si dovesse investigare il titolo, in virtù del quale il possessore le detiene; e se l'acquirente, malgrado la sua buona fede, potesse da un momento all'altro esserne evitto.

Inoltre la trasmissione dei mobili operandosi in modo rapido e successivo da una mano ad un'altra, senza scritto e senza lasciare traccia estrinseca e visibile, sarebbe anche assai arduo l'esercizio dell'azione possessoria, stante la difficoltà di stabilirne gli estremi, le condizioni in ispecie di modo e tempo inerenti al possesso giuridico.

E, astrazione anche fatta di queste difficoltà, gravi inconvenienti potrebbero eziandio derivare da un contrario sistema. Potrebbe darsi persino il caso di uno, che, dopo aver posseduto

Digitized by Google

per un anno un mobile ed averlo quindi venduto, trovasse il mezzo di rivendicarlo in via possessoria. E non essendo talora possibile di provarne l'acquisto e così la proprietà in petitorio, ritornerebbe irrevocabilmente a mani del venditore per via della azione di manutenzione.

Meritamente perciò la legge esclude i mobili dal novero delle cose, che formano l'oggetto di quest'azione.

Non v'ha neanco un interesse d'ordine da tutelare col rimedio possessorio, ma esiste anzi, come sovra, un contrario pubblico interesse.

166. Si fece però una eccezione alla regola per riguardo alla universalità dei mobili, quasi essa partecipi, in certa guisa, fittiziamente, della natura degl'immobili. — *Sapit quid immobile,* dicono alcuni giuristi. E di certo non militano in contrario le ragioni, difficoltà e pericoli avanti accennati in ordine ai singoli mobili.

Se pertanto le cose considerate individualmente e per se stesse *(res singulæ* o *singulares),* e così disgiuntamente le une dalle altre, non possono dar luogo all'azione di cui si tratta, lo possono, a vece, quando sotto un rapporto legale si presentano come formanti un tutto, una specie di ente giuridico, e compongono una universalità di cose *(Universitas rerum, jus universum).*

Ma siccome una moltitudine di oggetti, componenti un tutto omogeneo, può essere considerata nelle sue distinte singolarità, oppure essere compresa in una specie di unità collettiva, è evidente che soltanto in quest'ultimo caso la *universitas rerum* esprime giuridicamente un concetto di efficienza propria.

Si volle fare da alcuni giuristi una distinzione fra *universitas juris* e *universitas facti;* ma questa teoria si ravvisò non accomodata al caso. E invero, se deve esservi l'appoggio del fatto, e così l'effettiva unione di cose per la formazione di un tutto complessivo, solo nei rapporti col diritto può giudicarsi l'essenza del fatto ed apprezzarsene le qualità all'oggetto di vedere, se questo complesso od unità collettiva formi un tutto capace delle determinazioni giuridiche applicabili a siffatta forma di essere delle cose.

Digitized by Google

167. Secondo alcuni poi l'azione possessoria, in fatto di universalità di mobili, non può essere esercitata che in una successione mobiliare dall'erede o legatario universale, ai quali la legge attribuisce di pieno diritto la trasmissione del possesso dei beni del defunto (1). La universalità di cose non è, essi dicono, suscettiva di possesso reale, ma solo di un possesso astratto, fittizio; e la legge non ammette quest'ultimo possesso, che nei casi d'immissione in possesso legale od ereditario. Ma se questa tesi poteva sostenersi sotto la legislazione francese, non essendovi in essa alcuna speciale disposizione, che concedesse l'azione possessoria rispetto alla universalità dei mobili, e dovendo perciò ricorrersi ai principii e alle disposizioni generali, non potrebbe propugnarsi la medesima sotto l'impero di un Codice, che in modo formale ed indistinto concede tale azione a chi si trovi da oltre un anno al legittimo possesso di una universalità di mobili.

L'*universitas rerum* pertanto può rinvenirsi non solo in una successione, e così nei beni e nelle ragioni ereditarie universali, delle quali il possesso passa di pien diritto nell'erede, senza bisogno di materiale apprensione (art. 925); ma anche in altre molte evenienze, come nel caso d'acquisto d'una casa con tutti i mobili, che vi si contengono, senza distinzione di oggetti. Potrebbe anche darsi un tale possesso rispetto ad un fondaco, ad una biblioteca, ad un museo, ad un armento, e simili.

Naturalmente la pretesa, che uno sollevi per turbamento di possesso, dev'essere complessiva ed abbracciare l'universalità delle cose, quale unità collettiva. Se, a vece, si trattasse d'una parte del tutto, e così di alcuni mobili singolari e determinati, non potrebbe più invocarsi la disposizione dell'art. 694. — Non sarebbe più questione dell'*universitas rerum*, ma di cose speciali, disgregate dal corpo di cui erano parte.

(1) ZACHARIÆ, vol. I, § 187.

Digitized by Google

TITOLO QUARTO

MOLESTIE AL POSSESSO, CHE INDUCONO L'AZIONE DI MANUTENZIONE. ANNO UTILE ALL'ESPERIMENTO DELLA MEDESIMA.

CAPO PRIMO

Molestie al possesso.

SEZIONE PRIMA

Carattere giuridico delle molestie in genere.

168. Parlando delle molestie al possesso, contro le quali si reagisce col giudizio di manutenzione, si è già dimostrato che un atto, anche dannoso alla proprietà od al possesso, non vi arreca turbamento in senso legale, se non racchiude e manifesta in chi lo commette l'idea di sostituire il proprio all'altrui possesso, o di diniegare al detentore la pienezza del diritto di possedere. La molestia risulta pertanto da ogni atto esteriore, che direttamente o indirettamente contraddica in tutto o in parte all'altrui possesso (1).

Anche un'opera eseguita su altrui fondo può costituire un turbamento al possesso di un nostro fondo, quando ne alteri lo stato o le inerenti ragioni, arrecandovi un danno reale od una causa di danno avvenire (2).

(1) SCIALOJA, accennando alla definizione di BELIME, secondo cui consiste la molestia in ogni atto che porta seco una presunzione di pretesa alla proprietà o ad un diritto di servitù, osserva, essere meglio il dire: consistere, in generale, la molestia in « *ogni atto che manifesta, da parte di chi lo commette, la negazione assoluta o parziale del possesso o del diritto a possedere del molestato.* »

(2) *V.* n° 171.

Digitized by Google

Non potrebbe però mai considerarsi come vera novità turbativa del possesso altrui l'esercizio di un diritto; giacchè *Qui jure suo utitur nemini iniuriam facit* (1).

Solo il fatto, che toglie o diminuisce la ragione che ad altri spetta, dimostrata da un legittimo possesso, si considera per atto di turbamento produttivo dell'azione di manutenzione.

Non può dirsi neanco opera turbativa la semplice riparazione o ricostruzione di edifizio preesistente da oltre un anno, se con essa non se ne immuta o trasforma lo stato e l'ordine a danno del fondo altrui (2).

V' ha poi evidentemente una notabile differenza tra le opere praticate, come sopra, da qualcuno in fondo proprio e quelle eseguite in fondo da un altro posseduto. Nel primo caso il vicino non può denunciarle come novità turbative del suo possesso, se non sono illecite e non tornano di pregiudizio al suo fondo; mentre nel secondo caso v' ha sempre turbamento al possesso del fondo, su cui si operò la novità.

169. La molestia al possesso può derivare eziandio da atto giudiziario e anche stragiudiziario diretto contro il possesso, come nel caso in cui uno si opponga, con solenne intimazione, a lavori intorno alla cosa che altri posseda, pretendendola sua propria, oppure se, credendosene proprietario, ne faccia la vendita o la locazione a un terzo e ne sia notificato l'atto al possessore.

La negazione del diritto di possesso o l'opposizione alla pienezza dell'esercizio del medesimo, fatta per atto formale, e così con una molestia di diritto, compare per lo più chiara ed esplicita per se stessa; mentre, a vece, la negazione del possesso derivante da atti naturali o di fatto deve indagarsi dalla natura degli atti stessi e dalle intenzioni dell'agente.

Si presenta però evidente questa negazione di fatto, sempre quando gli atti materiali sono incompatibili col possesso, avendo per iscopo di toglierlo al possessore o di renderlo deteriore. Uno, per esempio, che apre finestre a prospetto contro il mio fondo, senza legale distanza, spiega chiaramente la sua intenzione

(1) *Leg.* 26, *Dig.*, *De damn. inf.*; *Leg.* 55, *De reg. jur.*; TOULLIER, tom. IX, n° 119; ZACHARIÆ, tom. I, § 189, e tom. II, § 44. — *V.* n° 171.

(2) MANTELLI, vol. V, pag. 535.

Digitized by Google

di stabilire una servitù; ed io posso invocare la tutela della legge, perchè sia al fondo conservato la sua precedente condizione di possesso libero dalla servitù di prospetto.

Vi sono in vece atti, che possono offendere le ragioni di proprietà, senza che rechino reale molestia al possesso, come nel caso del furto di frutti o di altro fatto, che non dimostri intenzione di esperire ragioni di possesso su di un fondo. Questi fatti non possono dar luogo, che all'azione pel risarcimento dei danni e pella riparazione dell'ingiuria.

Un atto esterno, in sostanza, non arreca un turbamento, se non implica l'intenzione negatoria del possesso medesimo e non ne contraddice l'esistenza. E ne consegue eziandio che vi può essere danno materiale senza turbamento di possesso, e per contro turbamento di possesso senza danno materiale, secondo la natura dell'atto e la inerente intenzione di chi lo commette. — E, di fatti, un atto che non genera per sè un danno materiale, può tuttavia per l'intenzione, che si svela nell'atto stesso come incompatibile col possesso, produrre una pretesa ed un danno morale, che il possessore ha diritto di rimuovere; giacchè il possesso rimane sempre offeso da atto, che si annunzia come l'esercizio di un diritto o desta un conflitto sul possesso, e dietro cui il silenzio di un anno cagionerebbe la perdita della azione possessoria.

Il molestante, evocato in giudizio, potrebbe anche fare dichiarazioni, che tolgano al fatto il carattere di molestia al possesso. — Potrebbe, cioè, riconoscere il possesso nell'attore e, dimostrando che questi è soggetto a certe sue obbligazioni per causa del possesso stesso, chiarire la niuna propria intenzione di turbarlo. — Uno, per esempio, manda il suo bestiame al pascolo sui terreni da Tizio posseduti; — questi interpreta l'atto come diretto a turbargli il possesso; ma quegli dichiara che riconosce questo possesso, ed anzi la proprietà in Tizio, ma che egli agisce in forza del diritto di reciprocità dei pascoli vigenti nel territorio. — E, salvo Tizio possa provare un possesso oltreannale, libero affatto da un tale vincolo, l'azione possessoria non avrebbe ragione di essere; ben altro essendo il vero tema della questione. Però, anche quando il convenuto non

Digitized by Google

contrasta la proprietà o il possesso, il giudice può sempre conoscere e decidere se il fatto arrechi un pregiudizio, che possa dirsi molestia, non potendo uno evadersi alle conseguenze del suo fatto col pretesto di riconoscere le ragioni del possessore.

Dalle premesse osservazioni risultando esservi due specie di molestia o turbamento al possesso, derivanti da un atto materiale di possesso contrario o da negazione od opposizione al possesso, torna utile, a schiarimento della materia, di ricordare alcuni principii e corredarli di esempi, che servano d'esplicazione.

SEZIONE SECONDA

Turbamento naturale o di fatto.

170. Il possesso essendo formato dal concorso di molti e diversi atti, di tutti gli atti cioè che competono al proprietario di una cosa e ne costituiscono l'uso e il godimento, tante possono essere le turbazioni naturali del possesso, quanti sono gli atti di uso e di godimento, sieno essi estesi alla totalità della cosa o ad una sola parte. Giova però ripeterlo, non vi ha vera molestia al possesso, se l'atto non è tale da dimostrare l'intenzione di esercitare un diritto sulla cosa o di mettere in controversia il possesso, togliendo o menomando la ragione di proprietà o di possesso nel possessore (1).

Arreca conseguentemente una vera turbativa al possesso ogni atto, che accenni all'esclusione del godimento della cosa da un altro posseduta, come sarebbero gli atti di chi si ponesse a coltivare i nostri beni, a raccoglierne i frutti, ad abbattere le piante, a demolire un muro di cinta, a sradicare una siepe, ad aprire in essi una strada, a piantare termini sul nostro terreno per togliersene una parte. — E anche il fatto di rimozione o trasporto di termini, esistenti da oltre un anno, può costituire

(1) *Cassaz. di Napoli*, 2 maggio 1868; *Ann. di Giur. ital.*, II, 1, 279. — *Cassaz. di Torino*, 15 giugno 1871; *La Giur.*, 1871 (anno VIII), pag. 417.

Digitized by Google

un turbamento al possesso, se la rimozione e il trasporto hanno per oggetto la negazione del possesso sino alla linea di confine stabilita dalla terminazione (1).

V'ha pure molestia nelle contraddizioni di fatto, come nel caso di impedimento al raccolto dei frutti, di scacciata del bestiame dal pascolo sovra beni che uno posseda, e di altri somiglianti atti che denotino l'idea di padronanza a pregiudizio del possessore.

Già si osservò che anche per fatto compiuto su altrui fondo può essere pregiudicato il nostro possesso, come sarebbe nel caso di rottura della sponda di una roggia o di chiusura di un bocchetto per cui venga a disperdersi, deviarsi od impedirsi il corso d'acqua, del quale uno sia al possesso.

La concessione del diritto di derivare acqua da un torrente per la rotazione di un molino col mezzo di appositi canali, costituendo titolo e rendendo manutenibile il possesso, reca turbamento a questo possesso il fatto che vi rechi pregiudizio, il fatto, ad esempio, di uno che, profittando della deficienza

(1) Con decisione delli 27 agosto 1829, la Corte di Cassazione di Francia ha riconosciuto che vi era turbamento nel fatto del piantamento di termini, operato sopra un terreno la cui proprietà e possesso erano stati contestati dall'avversario.

I sigg. Juillet e Neveu avevano fatto intimare al sig. Benoist di piantare i termini fra i loro beni. Al giorno indicato i primi ne piantarono, ma in maniera d'attribuirsi una porzione di terreno, di cui il loro avversario si pretendeva proprietario e possessore; il piantamento ebbe luogo malgrado la sua protestazione. Il sig. Benoist intentò l'azione possessoria, ed il giudice di pace accolse la sua domanda, ordinando ch'ei fosse reintegrato nel possesso di metri ventuno di terreno usurpatogli. Sull'appello, questa sentenza fu riformata, perchè l'esercizio dei diritti di confine autorizzato dall'art. 646 del Codice francese (corrispondente all'art. 441 del nostro patrio Codice) non costituiva un turbamento di possesso. Questa decisione fu cassata, attesochè dall'art. 646, il quale autorizza ogni proprietario ad obbligare il suo vicino a stabilire i termini di confine delle loro proprietà contigue, non risulta che questo proprietario possa porre o far porre, per mezzo di periti, dei termini sopra un terreno, di cui questo vicino pretende avere il possesso e la proprietà, prima d'aver fatto decidere sulla questione di proprietà o del possesso; atteso in fatto che i convenuti avendo fatto porre, malgrado l'opposizione del sig. Benoist, dei limiti sopra un terreno di cui egli si pretendeva nel possesso a titolo di proprietario, questi ha potuto prendere un tale piantamento per una molestia recata al suo possesso, ed intentare, per farvisi mantenere, una azione di manutenzione, la di cui cognizione era di competenza del giudice di pace.

Digitized by Google

d'acqua in uno dei filoni del torrente, ne occupa lo spazio e vi fa piantagioni respingenti l'acqua nell'altro filone, quantunque lo occupi a titolo di alluvione e come proprietario della sponda (1).

171. V'ha eziandio turbativa di possesso nei casi di aperture di vedute dirette o finestre a prospetto, oppure di piantamento di alberi o siepi verso i confini altrui senza le distanze legali, e così pure in qualsiasi altro caso di costruzione d'opere, in cui non siensi osservate le distanze e le regole determinate dalla legge a tutela dei diritti del vicino.

Stabiliendosi la linea di confine secondo l'oltreannale possesso, può sempre chiedersene la libera manutenzione, e conseguentemente la chiusura delle vedute o finestre, l'estirpamento degli alberi e siepi e la distruzione delle altre opere, in contravvenzione alla legge (2).

Chi tiene, per contro, da oltre un anno nel suo muro una finestra a prospetto, ha diritto alla manutenzione in possesso, se uno vi reca nocumento, quand'anche il vicino, fabbricandovi contro e chiudendo od oscurando la finestra, adduca competergli la ragione di acquistare la comunione del muro. Trattasi di servitù apparente e continua, che si può acquistare colla prescrizione e dà necessariamente luogo all'azione possessoria (3).

Come si è già osservato e risulta da alcuni di detti esempi, può uno recare turbamento all'altrui possesso anche con opere sul proprio suolo; ma, se queste non sono in evidente contravvenzione alla legge, è d'uopo, a costituire la turbativa, che ne derivi un danno attuale al possesso, od una reale possibilità di danno futuro (4). Se, del resto, è lecito di disporre liberamente della cosa propria, vuolsi però sempre *Sic utere tuo, ut alterum non lædes*. Questo principio trova la sua applicazione in varie speciali disposizioni del Codice Civile e, fra le altre, in quella

(1) *Cassaz. di Torino*, 5 gennaio 1855; *Giur. ital.*, vol. VII, 1, 12.

(2) *V.* n^i 131 e 132 circa alla surrogazione di piante.

(3) *Cassaz. di Torino*, 24 maggio 1872; *La Giur.*, 1872, pag. 499.

(4) *Cassaz. di Milano*, 4 gennaio 1862; *Giur. ital.*, vol. XIX, 1, 36. — *V.* pure MANTELLI, vol. II, pag. 26 e 42; vol. III, pag. 109, 323, 338, 345; vol. V, pag. 333, e vol. IX, pag. 13; DUBOIN, tom. VIII, *Acque*, pag. 793; MERLIN, *Quest. de droit*, V, *Voie de fait;* ABECCL., *In addit. ad obs.*, 188, n^i 2 e 3; *Jur. du XIX siècle*, 1828, par. I, pag. 220, e 1833, par. I, pag. 553.

Digitized by Google

dell'art. 614. È intanto canone di giurisprudenza che, sempre quando s'impone un peso o si scemano i vantaggi della cosa, che altri possede, si turba necessariamente il possesso; giacchè si diniega col fatto il diritto alla pienezza di questo possesso (1).

172. Può esservi eziandio turbamento di possesso in cosa comune per fatto di un condomino, che turbi il compossessore nell'uso e godimento della cosa comune, o che lo escluda.

Le opere vietate dalla legge in una cosa comune, per esempio in un muro divisorio, costituiscono un vero turbamento, se mirano ad escludere la comunione del possesso e a dar principio ad un possesso esclusivo nell'autore delle opere (2).

Naturalmente non vuolsi mai confondere un fatto, che arrechi un semplice danno alla cosa comune, colla reale turbativa del possesso, e così l'azione personale, che ne derivi per una indennità, coll'azione possessoria.

Se uno poi in qualunque modo, anche solo implicitamente, permette l'eseguimento di opere intorno alla cosa comune, non può querelarsi per molestia al possesso e chiedere la distruzione delle opere coll'azione di manutenzione; giacchè verrebbe a dolersi più del fatto proprio, che dell'altrui (3).

173. Vi sono fatti e provvedimenti dell'autorità amministrativa, che non possono essere oggetto di revisione o controllo per parte dell'autorità giudiziaria; e che non possono neppur essere considerati come atti di turbamento al possesso e dare luogo all'azione possessoria. Tali sono i provvedimenti d'ordine pubblico, emanati nell'interesse dell'igiene, della polizia e sicurezza. Chi si crede leso da simili atti può ricorrere alla superiore autorità amministrativa in merito della cosa, oppure all'autorità giudiziaria pel risarcimento dei danni, secondo le norme legislative, che separano e determinano i limiti del potere esecutivo e del potere giudiziario; ma non impedire l'esecuzione del provve-

(1) *V.* n° 168.

(2) *Giur. ital.*, vol. III, 2, 169; vol. XIV, 1, 666; vol. XVII, 1, 339; vol. XXII, 1, 295; *Giornale delle Leggi*, anno V, pag. 12.

(3) *Cassaz. di Torino*, 28 giugno 1852; *Giur. ital.*, vol. IV, 1, 582; *Cassaz.*, 19 maggio 1858, vol. X, 1, 435. — In quest'ultima Sentenza si conferma il principio, che per acquistare col possesso il diritto di valersi di acque colaticcie a vantaggio del fondo inferiore, è d'uopo che siansi eseguite dal pro-

Digitized by Google

dimento amministrativo per mezzo dell'azione possessoria (1). E (venendo ai casi più ordinari e frequenti) se l'autorità municipale fa eseguire lavori ad una strada comunale, il privato che si crede leso non può agire per turbamento ad un suo possesso.

La legge dispone, in effetto, che le strade comunali sono affidate alla sorveglianza dei sindaci, i quali rappresentano l'autorità amministrativa. Perciò il sindaco non solo può, ma deve ordinare tutto quanto valga a guarentirne l'integrità e la viabilità; ed i suoi provvedimenti, intesi a tale scopo, non ammettono reclamo in via possessoria. Gli ordini dati dall'autorità,

prietario di questo opere visibili manufatte in luogo ove l'altro proprietario del fondo, che si pretende serviente, potesse impedirle.

(1) Giova riferire la seguente *Sentenza* della *Corte di Cassazione di Torino*, 23 luglio 1873 (*Rivista Amm.*, 1873, pag. 727); *La Giur.*, 1873, pag. 19.

« La Corte ecc.

« *Sul 1° mezzo.* — Attesochè dal raffronto degli articoli 80-81 del Regolamento Sanitario 8 giugno 1865 coll'art. 1 della Legge relativa chiaramente appare, che l'Autorità amministrativa ha, in ogni caso e senza distinzione, mandato dalla Legge e conseguente potere a dare nell'interesse ed a tutela della pubblica igiene, e massime nel caso di malattie endemiche, gli occorrenti provvedimenti onde impedirne o menomarne gli effetti; — che tali provvedimenti poi, sia per l'intrinseca loro natura, sia per l'immediata esecuzione che debbono avere a termini dei precitati articoli, non potrebbero mai formare oggetto di revisione e controllo per parte dell'Autorità giudiziaria;

« Che senza profitto del resto sarebbesi dal ricorrente messo innanzi l'art. 137 del citato Regolamento per declinare l'applicabilità al caso dei detti articoli 80 e 81, poichè quell'articolo non accennerebbe che alle norme ed alle condizioni da cui debba essere retta la risicoltura, onde, mercè la esatta loro osservanza, evitare le perniciose influenze e lo sviluppo delle malattie, e così rifletterebbe il modo di allontanare, per quanto è possibile, un male futuro che si teme, laddove gli articoli 80 e 81 concernerebbero un male già avverato, di cui urge studiare le cause, onde toglierle immediatamente o scemarne le fatali conseguenze, e ne darebbero il relativo mandato al Ministero dell'Interno e per esso all'Autorità amministrativa del luogo;

« *Sul 2° mezzo.* — Attesochè la denunziata Sentenza giustamente ritenne che gli atti e fatti dell'Autorità amministrativa non potrebbero venire considerati quali violenze e molestie nel possesso, nè dar luogo ad azioni possessorie, da conoscersi e giudicarsi dal pretore, ovvio essendo che in caso contrario rimarrebbe distrutta tutta l'armonia della Legge di pubblica sanità;

« Che rettamente del pari la stessa Sentenza soggiunge, che eventualmente solo la pubblica Amministrazione potrebbe essere risponsabile dei danni, ove il suo operato fosse stato illegale o dipendente da eccesso di potere, rigetta ecc. »

V. ni 201 e 269.

Digitized by Google

a cui spetta il governo delle strade pubbliche, non possono mai essere paralizzati per effetto di azione possessoria.

Per la stessa ragione venne dichiarata inammessibile l'azione di spoglio contro il sindaco, che fece abbattere un acquedotto costruito da un privato, all'oggetto di divertire le acque da un rivo pubblico; e così pure contro il decreto del sindaco, che, per motivo di sicurezza, ordinò la demolizione di un muro minacciante ruina sulla pubblica strada.

E quanto dicesi dei provvedimenti del sindaco trova applicazione ai decreti delle altre autorità, cui è affidata la tutela delle cose di uso pubblico o di pubblico interesse.

Chi, in conseguenza di tali provvedimenti od ordini, pretende agire per offesa o nocumento alle sue ragioni di proprietà, può far valere avanti l'autorità giudiziaria in petitorio le sue pretese, ma non mai ricorrere ai rimedi possessorii. (1).

174. Ma se vi sono opere che per la loro natura e per l'oggetto, a cui si riferiscono, sono realmente pubbliche, e gli atti imperativi dati dall'autorità amministrativa non possono essere revocati o modificati dall'autorità giudiziaria, vi sono però altre opere d'ordine privato, circa alle quali l'autorità amministrativa non è chiamata che a dare un'autorizzazione, se le ravvisa utili a chi intende costrurle, e non pregiudicievoli al pubblico interesse. E quanto a quest'ultime è certamente lecito a chi si crede leso nelle sue ragioni, o nei suoi beni, di agire avanti l'autorità giudiziaria contro il costruttore delle opere (2).

Di siffatta diversa natura e categoria di opere la legge sui lavori pubblici porge pure ampie spiegazioni ed esempi (3).

175. Nelle vertenze poi tra privati non si possono invocare, a sostegno di private ragioni, disposizioni di legge estranee ai loro rapporti d'interesse. E fu quindi per tal motivo giudicato

(1) *Cassaz. di Torino,* 26 luglio 1872; *La Giur.,* 1872, pag. 571. — *Cassaz. di Torino,* 6 settembre 1866 e 19 maggio 1869; *Giur. ital.,* vol. XVIII, 1, 794, e vol. XXI, 1, 305. — *Cassaz. di Milano,* 26 e 30 luglio 1862; *Giur. ital.* vol. XII, 1, 760 e 817; *Annal.,* III, 1, 78, e VII, 1, 428. — *Cassaz. di Napoli,* 18 giugno 1874; *Giur. ital.,* vol. XXVI, 1, 518.

V. pure le *Leggi* 20 marzo 1865, all. *A* e *F,* e n^i 201 e 269.

(2) *Cassaz. di Torino,* 15 dicembre 1871; *La Giur.,* 1872, pag. 113.

(3) *V.* n^i 201 e 269.

Digitized by Google

che la costruzione di una chiusa onde derivare le acque, a senso dell'art. 543 del Codice Civile, costituisce un possesso suscettibile d'azione possessoria; e chi lo turba od impedisce, distruggendo la chiusa o recando ostacolo alla derivazione, può essere soggetto alle conseguenze dell'azione di manutenzione o di reintegrazione, secondo i casi; senza che gli valga a difesa che la chiusa siasi fatta in contravvenzione alla legge sui lavori pubblici (articoli 165 e 169) (1).

L'azione possessoria può invero non essere ammessibile nei rapporti fra il privato e la pubblica amministrazione; ed esserla a vece in molti casi tra privati pei loro speciali rapporti ed intenti, come risulta anche da varii giudicati (2).

Le azioni possessorie soccorrono però il privato contro le pubbliche amministrazioni, nei casi di arbitrarie ed illegali violazioni del possesso, come, ad esempio, quando nella proprietà del medesimo siensi abbattute piante per ordine del consiglio comunale, senza le norme volute per la spropriazione forzata per motivo di pubblica utilità (3).

E contro un intraprenditore di opera pubblica compete anche evidentemente l'azione possessoria, se spingesi ad occupare il fondo del privato, senza legale decreto di espropriazione e senza il pagamento del prezzo. Vi ha in tal caso un attentato al legittimo altrui possesso; e di fronte alla proprietà del privato le esigenze dell'opera pubblica non hanno effetto giuridico, se non dall'atto di detto decreto d'espropriazione e mediante la previa soddisfazione della dovuta indennità. Sino a che non sono compiuti questi atti, l'intraprenditore debbe, al pari d'ogni altro cittadino, rispondere delle vie di fatto arbitrariamente commesse in danno dell'altrui proprietà e possesso (4).

(1) *Cassaz. di Torino*, 15 luglio 1871; *Giur. ital.*, vol. XXIII, 1, 508. — La fattispecie decisa con questa Sentenza riflette sólo l'azione di reintegrazione. Ma i motivi, sui quali si fonda, trovano anche la loro applicazione al caso di un'azione di manutenzione.

(2) *Cassaz. di Torino*, 24 luglio 1872; *Annal.*, VI, 1, 352. — *Cassaz. franc.*, 23 agosto 1859; Dalloz, 1859, 1, 352.

(3) *Cassaz. di Torino*, 13 maggio 1870; *Giur. ital.*, vol. XXII, 1, 501. — (*Vedi* anche vol. XV, 1, 407; vol. XVII, 1, 903; vol. XVIII, 1, 461).

(4) *Cassaz. di Napoli*, 21 aprile 1875; *Giornale delle Leggi*, anno VI, pag. 318;

Digitized by Google

SEZIONE TERZA

Turbamento civile ossia di diritto.

---

§ I.

176. Il turbamento civile derivando da un atto giudiziale od altrimenti solenne e preciso, col quale si contesta l'altrui possesso, racchiude una manifestazione che, senza ledere il possesso nel suo materiale esercizio, esplica il fine di privarne il possessore; e conseguentemente assume il carattere di una vera pretesa alla cosa e di una molestia al possesso.

Vi sono autori che diniegano alla molestia di diritto l'efficacia di turbare il possesso, per la ragione che una intimazione, citazione od altro atto giudiziale non impediscono l'esercizio del possesso, e che basta in tali casi una difesa in via d'eccezione.

Questa opinione, giustamente oppugnata, non è accolta in giurisprudenza; giacchè, quando un atto involve una pretesa contraria ai diritti del possessore, sia essa tradotta o non in un'azione giudiciale, può di certo togliere al possesso la qualità di pacifico, come qualsiasi contraddizione di fatto (1). Nel possesso devesi, in effetto, non solo considerare il fatto materiale della detenzione, ma quel fatto che alla detenzione unisce la ragione dei rimedi legali di conservazione: *Possessio non tam facti, sed juris est.*

Perciò l'Abecclesia scriveva (2) che il turbamento al possesso risulta *per quamcumque molestiam et impedimentum, vel contradictionem judicialem.*

Garnier (3) dice che gli atti giudiziali o stragiudiziali, citazione, ricorso, sequestro, ed in generale tutti gli atti aventi per

(1) *V.* n° 178.
(2) *In addit. ad observ.*, 188, n' 1 e 2.
(3) *Act. poss.*, pag. 65.

Digitized by Google

iscopo di elevare pretese sulla cosa, o di protestare contro il possesso del detentore, sono di natura tale da poter costituire un turbamento al possesso.

La Corte di Cassazione di Napoli (sentenza 25 giugno 1874) (1) stabilì eziandio, poter derivare la turbativa del possesso tanto da vie di fatto, quanto da domanda giudiziale o da altro atto rituale. Essa considerò che ad una contraria interpretazione si oppongono gli articoli 2123, 2124 e 2125 del Codice Civile, nei quali si distingue l'interruzione della prescrizione in naturale e civile. Quella, dice la sentenza, si fa per via di fatto, questa con domanda giudiciale od altro atto rituale; ma entrambe producono lo stesso effetto, l'interruzione del possesso, base della prescrizione.

177. Una pretesa pertanto sulla cosa altrui od una protesta contro il possesso, espressa in un rilevante atto, può costituire un turbamento di diritto. Se questa pretesa invece è soltanto manifestata con semplici parole, quand'anche proferte disputando in giudizio, colle quali si contende la proprietà od il possesso di una cosa a qualcuno, non può considerarsi come una vera molestia; poichè le semplici pretese verbali non lasciano alcuna traccia e non portano ostacolo al godimento del possessore. — Le opposizioni stragiudiciali, non produttive di utili risultamenti, non impediscono punto la continuazione di un possesso pacifico. Le stesse minacciose manifestazioni non costituiscono per sè sole turbamento di fatto, nè di diritto. — La legge contro tali atti suppedita altri rimedi, ma non già l'esperimento dell'azione possessoria (2).

E Richeri osserva in proposito che *ex privata contradictione, quæ effectum sortita non sit, potius firmatur jus alterius, qui in possessione sit* (3).

Se vi può essere qualche atto, che lasci una dubbiezza sul suo concetto e scopo, ve ne sono altri, per contro, che portano tali caratteri legali di turbamento da non potersi disconoscere; così, per esempio, un sequestro in mano al conduttore sui fitti

(1) *Giur. ital.*, vol. XXVI, 1, 653.
(2) *Giur. ital.*, vol. VI, 1, 157, e vol. XIV, 1, 36.
(3) *Cod.*, lib. 2, tit. 20, *Def. 16 in fin.*

Digitized by Google

o frutti di un fondo per parte di chi si pretende proprietario, forma ostacolo alla quiete del possesso del locatore e costituisce una vera molestia.

Commette pure una incontestabile molestia al possesso quegli che, vedendo il vicino accingersi all'alzamento di un suo fabbricato, gl'intima un atto d'inibizione per la pretesa ragione della servitù *altius non tollendi*.

Degli atti poi, che non presentano così decisi caratteri e lasciano un dubbio sul loro significato, se cioè contengano, o non, elementi abbastanza rilevanti e positivi per essere considerati come un reale turbamento al possesso, spetta naturalmente al giudice di determinare il valore, mediante la disamina del tenore di tali atti ed anche una indagine sulle varie circostanze, che possono servire di criterio al giudicio.

178. Circa agli atti di citazione, di opposizione e simili altri, con cui può effettuarsi la molestia di diritto, vi sono autori che esternarono l'opinione, non essere necessario a costituire questa molestia al possesso che tali atti sieno intimati o fatti al proprietario, bastando che lo sieno all'usufruttuario, al conduttore, al mandatario, e ad ogni altro che detenga la cosa a nome del proprietario, i quali sono obbligati di renderne avvisato il proprietario, acciò possa agire in tempo, a pena di sottostare ai danni che questi, decadendo dal diritto di intentare l'azione di manutenzione, venisse a soffrire (1).

Fanno essi una sola eccezione a questa regola, pel caso, cioè, in cui fosse provato, esservi stata intelligenza fraudolenta tra il molestante e colui, che rappresenta il proprietario. — Questo ultimo non potrebbe in tal caso decadere dal diritto di promuovere l'azione possessoria dopo l'anno, essendo la frode ed il dolo fuori di tutte le regole comuni.

Pare però non conforme alla logica del diritto una simile opinione. Essa sussiste per rapporto ad atti intimati al mandatario, ad un rappresentante, ad un agente che detenga ed amministri una cosa a nome e conto del proprietario, il quale possa per tal modo figurare come se personalmente detenesse e amministrasse egli stesso la sua cosa. Ma ben diverso vuol

(1) *V.* n^{i} 511, 1587, 1715, ecc.

Digitized by Google

essere il giudizio in altri casi, come sarebbe nel caso di un usufrutto o di una locazione, in cui l'usufruttuario ed il conduttore godono della cosa per uno speciale proprio titolo. Sarebbe, in effetto, contrario ad ogni principio di diritto ed anche di equità il considerare dispossessato il proprietario, in conseguenza di un semplice turbamento civile diretto contro uno di siffatti detentori, ove non fosse provato aver avuto il proprietario conoscenza di questo turbamento. Se il proprietario ignora intimazioni fatte ad altri, come potrebbe considerarsi spogliato delle sue ragioni di possesso?

Non possono assimilarsi, quanto alla loro essenza ed alle conseguenze, le molestie di fatto e le molestie di diritto, come è per sè evidente. Altra cosa è il fatto di chi prende il materiale possesso di un immobile, sia pure usufruito od affittato, segnalandone la presa con atti pubblici e manifesti; ed altro è il fatto di uno, il quale non osando impadronirsene e neanco dichiarare le sue pretese al proprietario, si limita a significarle all'usufruttuario od all'affittaiuolo, negligente e colpevole talora.

Nel primo caso l'usurpazione non può essere e non dev'essere ignorata dal proprietario; e in ogni caso imputi a se stesso, al suo difetto di sorveglianza, se riceve danno. Nel secondo, al contrario, non può la sua vigilanza (se l'usufruttuario o l'affittaiuolo tace) porlo al sicuro dai pericoli, di cui lo si voglia clandestinamente circondare.

Si comprende adunque, come a fronte di questa notevole differenza devonsi attribuire al turbamento di fatto risultati diversi dal semplice turbamento di diritto.

Aggiungasi che l'art. 1587 del Codice Civile dichiara tenuto l'affittaiuolo, sotto pena dei danni e delle spese, ad avvertire il locatore delle *usurpazioni*, che si commettessero sulla cosa locata (e così pure l'art. 511 rispetto all'usufruttuario, sebbene con espressioni più ampie, stante i rapporti giuridici e di fatto che corrono tra esso ed il proprietario). Ora se da detta disposizione è lecito dedurre chè una *usurpazione*, vale a dire un turbamento di fatto, commesso contro l'affittaiuolo, possa essere conosciuta dal locatore, avuto riguardo all'obbligo stesso imposto all'affittaiuolo, una regola, una induzione ed una conseguenza

Digitized by Google

contraria vuolsi derivare nel caso di semplice turbamento di diritto, come quello che non costituisce una usurpazione, nel senso proprio di questa parola, e non genera conseguentemente detto obbligo.

Adottando un diverso sistema, e così ammettendo che il fittaiuolo rappresenti il locatore per le significazioni, intimazioni od altro simile atto che può ricevere, si cadrebbe, tra le altre strane conseguenze, nell'assurda sentenza che una domanda in rivendicazione, formata contro il fittaiuolo, interrompa la prescrizione a pregiudizio del proprietario locatore (1).

§ II.

179. Già si dimostrò nei N^i 30, 31 e 32 che una domanda di rivendicazione non costituisce una molestia, che possa dare luogo all'azione di manutenzione, salvo sia accompagnata dalla istanza per un provvedimento interinale in ordine al possesso; giacchè questa istanza racchiude una vera turbativa al possesso del convenuto, e conseguentemente può questi opporsi alla discussione dell'incidente e promuovere l'azione possessoria in sede mandamentale.

Crediamo tuttavia pregio dell'opera di riferire su di tale oggetto l'opinione di Borsari; tanto più che svolge anche un altro tema, sul punto cioè se la vendita, o la costituzione di una ipoteca, fatta da un terzo su stabili che uno possede, possa costituire un turbamento di diritto.

« Se taluno, egli dice, mi avvisa con atto d'intimazione di essere proprietario e di accingersi a rivendicare il fondo, io, se

(1) Dalloz, *Rep.*, *Act. poss.*, sez. 4, art. 2.

Non nasconde questo autore, che una simile opinione è contraddetta da altri e da una decisione della *Corte di Cassazione*, 12 ottobre 1814; ma ne dimostra l'ingiustizia, sia a fronte della *juris ratio*, sia per la grande differenza che v'ha tra la molestia di fatto e quella di diritto, in quantochè la prima si manifesta con atti palesi, e sorvegliando le sue proprietà può uno esserne informato, non ostante la negligenza o la collusione del suo fittaiuolo; ma non ha esso alcun mezzo di conoscere il turbamento di diritto se il fittaiuolo per incuria o dolo ommette di istruirnelo.

Digitized by Google

voglio farlo, gli rispondo che non è proprietario e aspetto che si faccia avanti. Se promuove l'azione vindicatoria, io mi difendo con ragioni dello stesso ordine e non mi rifuggo nel possesso. È stabilito: *Chi ha istituito il giudizio petitorio, non può più promuovere il giudizio possessorio* (art. 443 del Cod. Proc. Civ.). Il mio possesso è riconosciuto.

E che sarà se un terzo, che si crede proprietario del fondo che io posseggo, lo vende e a me la vendita viene notificata? Ovvero se un terzo usando del supposto suo diritto di dominio lo sottopone ad ipoteca? Sono io turbato nel mio possesso? Il Belime (N^i 332 e 333, e bene secondo me) disse che no (1).

« Ci riferisce l'illustre Scialoja nel *Commentario* (vol. I, p. II, pag. 469), che il Dalloz (Act. poss., N° 85) non è di questo parere, avvertendo che, se la vendita o l'ipoteca di un fondo non impedisce materialmente il godimento, produce una molestia a causa del discredito, che desta nell'animo dei terzi, e del pericolo, a cui si espone il possessore. Ma io non comprendo. Colla vendita della proprietà si è investito il compratore della azione vindicatoria, che egli eserciterà quando crede; ma esercitandola, il mio possesso rimane salvo, finchè egli non abbia vinta la lite nel merito. La ipoteca! Ma la iscrizione di una ipoteca attribuisce forse l'azione possessoria?

(1) Belime osserva non esservi molestia di diritto nei casi di locazione, di vendita o di imposizione d'ipoteca, potendo chi locò, vendette od ipotecò dichiarare, se convenuto, di riconoscere il possesso; e che se, credendosi proprietario, locò, vendette od ipotecò la cosa, non pose alcun ostacolo al libero godimento di essa; cosicchè può nascervi questione di diritto, ma non di possesso, che non intese di turbare.

Questo ragionamento non sembra esatto; giacchè se con tali atti non si turba il materiale possesso, non può disconoscersi derivarne una vera e seria molestia civile, un atto formale di pretesa alla proprietà della cosa, e così la negazione al possessore del diritto di possedere. — E ne deriva pure uno scapito pel dubbio che simili atti generano nell'animo dei terzi, una diminuzione di valore alla cosa, un'offesa alla pienezza e libertà del possesso.

Malgrado adunque le argomentazioni di Belime e di Borsari, ci sia lecito di attenerci al parere di Dalloz e di Scialoja.

Belime poi riconosce esso stesso, che se accade che l'azione in manutenzione sia intentata, e che colui, il quale vendette od ipotecò il fondo dell'attore, si difende, sostenendo appartenere a lui il possesso, la causa si trova, per questa stessa difesa, regolarmente attivata in possessorio.

Digitized by Google

« Una ipoteca si ha diritto, o non si ha diritto di iscriverla. Se non si ha diritto, si fa cancellare; se si ha diritto convien rispettarlo, ma la iscrizione non influisce sulla questione del possesso. Il creditore ipotecario esercita un'azione reale sulla sostanza della cosa e non sul possesso semplicemente; il terzo possessore non può dire al creditore ipotecario: aspettate un poco perchè io sono in possesso. Lo so, questi vi risponde, ed è perciò che vi percuoto coll'azione ipotecaria. Che la vendita e la ipoteca sieno incomodi gravi per noi e *molestie*, vero è pur troppo; ma non sono molestie del *possesso*, benchè la perdita di esso possa essere la conseguenza di un giudizio vindicatorio o ipotecario. Ammetto, se vuolsi, il discredito, più che persuaso della esistenza del pericolo; ma voi non potete far rientrare la questione in quella del possesso, che non si contende, ed avete diritto di restarvi finchè l'avversario non abbia vinto la lite della proprietà o della ipoteca.

« Alcuno è arrivato sino a dire che *il petitorio è una molestia del possesso, essendo una pretesa alle altrui ragioni;* quasi che il petitorio non rispetti il possesso altrui, ed il petitore non confessi di non averlo.

« A conferma dei nostri principii ricordiamo un'altra specie conosciuta nel foro. Un proprietario ha ottenuto una cosa giudicata, che lo dichiara tale e gli dà diritto di espellere il possessore attuale e qualunque altro illegittimo, che sia per succedergli. Ripeto che quel possessore non poteva sottrarsi allo esercizio dell'azione vindicatoria, allegando il possesso annale, perchè il rivendicante aveva già aperta la questione della proprietà. Pendente la lite, il fondo era passato nelle mani di un terzo, al quale s'intima il rilascio nei termini dell'art. 741 della Procedura. Si è domandato, se non avendo avuto parte nella sentenza egli possa ritenere la intimazione come una molestia e intentare l'azione possessoria (Commentario al Codice di Procedura sardo, vol. I, p. II, pag. 470).

« Ivi si rammenta la vasta ed incerta dottrina degli scrittori francesi, e si fa dipendere la soluzione del quesito del sapere se la *opposizione del terzo sia facoltativa ovvero obbligatoria:* quanto dire, se il possessore non abbia altro mezzo a difendersi,

Digitized by Google

che la *opposizione di terzo*, o possa con questa sua qualità evitare qualunque influenza della cosa giudicata in proprio danno, quasi *res inter alios acta*. E, posta la distinzione, se ne inferisce che in questa seconda ipotesi si può benissimo trarre profitto dell'azione possessoria, e *che il possessore così turbato non è tenuto ad agire in petitorio per mezzo di opposizione di terzo a questa sentenza.*

« Io, che forse non me ne intendo in queste materie, sento anche qui la meraviglia che la questione sia stata posta in tal modo; poichè concesso pure che il terzo, intimato del rilascio, possa opporre la incompetenza della cosa giudicata rapporto a lui, non però potrebbe sollevare l'azione possessoria. Del possesso non si disputa punto, benchè il giudizio dovesse rinnovarsi contro il terzo possessore, e necessariamente in suo contesto. Qualunque possessore non può pretendere di più, se non che colui, che aspira alla proprietà, rispettato il suo possesso, venga a piatire in giudizio petitorio coll'onere di fare tutte le prove del preteso dominio. Or bene: il terzo, nella ipotesi concessa, è appunto in questa condizione giudiziaria; egli costringe il rivendicante a disputare passo passo con lui del diritto, *ex novo*, come se non esistesse alcuna sentenza; ma nel diritto di proprietà, capite, e solo dopo aver riportata un'altra *regiudicata* in vostro confronto, potrebbe spogliarvi del vostro possesso.

« Infine, e per riassumere la teoria in un principio, l'azione possessoria si esercita *quando il possesso è l'oggetto di una contraria pretesa; non quando la perdita del possesso possa essere la conseguenza di una lite sulla proprietà.* »

180. Dalle precedenti esposizioni risultando essersi pur elevate e discusse in Francia analoghe questioni, non è inopportuno di riferire alcuni esempi, tratti dalla giurisprudenza francese.

Il possessore di un immobile essendo stato evocato in giudicio per presentare i titoli, in virtù dei quali pretendeva possedere, nacque la quistione, se questa evocazione potesse generare una molestia da autorizzare l'azione di manutenzione. La risposta fu negativa. — E Beurjon osservò a tale proposito che, quantunque siffatta domanda fosse una volta considerata come un turbamento arrecato al possesso, era questo un abuso

Digitized by Google

ed una confusione di azione. E di fatto, esso aggiungeva, una azione petitoria non potrebbe considerarsi come un turbamento al possesso e autorizzare il convenuto a promuovere l'azione possessoria; giacchè siffatta domanda è *un vero riconoscimento del possesso nel convenuto ed anche una rinuncia all'azione di manutenzione in possesso* (1).

Dalloz accenna al caso, in cui uno prenda per atto di molestia al suo possesso la domanda contro di esso da altri fatta per la manutenzione, ed osserva potere il medesimo considerare tale domanda come vero turbamento e conchiudere riconvenzionalmente per essere mantenuto nel detto suo possesso. Ma ben diversa, aggiunge, è la cosa nel caso di azione di rivendicazione; giacchè l'esercizio di quest'azione, lungi dal recare un turbamento al possesso del convenuto, ne è la ricognizione implicita. L'azione di manutenzione non sarebbe dunque ammessibile per preteso turbamento, risultante da un'azione in rivendicazione di un immobile o di diritto reale (2).

Elevossi pure il dubbio (pel caso in cui un accusato sostenne in processo penale d'essere proprietario della cosa, a cui si riferiva l'ascrittogli reato) sul punto se il possessore potesse prendere questa pretesa come una molestia ed agire in manutenzione. La giurisprudenza francese risolse in senso negativo la questione, considerando che neppure in questo caso potrebbe ravvisarsi una molestia al possesso ed aversi ragione a detta azione possessoria perchè l'oggetto della domanda sarebbe stato la repressione di un delitto, non già un'azione possessoria, cosa affatto distinta ed indipendente; e non si potrebbe perciò prendere l'eccezione di proprietà fatta dall'inquisito avanti a un tribunale correzionale per una molestia di possesso, essendo una siffatta eccezione un mezzo di difesa e non un atto di tal natura da considerarsi come un turbamento (3).

Venne però considerato come una molestia un processo verbale fatto dalla guardia campestre nella seguente specie (4):

(1) *Droit Commun*, tom. 2, sez. 1.

(2) DALLOZ, *Rep.*, *Act. poss.*, n° 86.

(3) *Decisione della Corte di Cassaz. franc.*, 20 gennaio 1824.

(4) La stessa *Corte*, con *Sent.* 10 gennaio 1827; *V. Jur. du XIX siécle*, 1827, par. I, pag. 284.

Digitized by Google

Un processo verbale, 1° agosto 1821, della guardia campestre comprovava lo scavamento di un fosso sopra una strada della Comunità di Chamblay. A richiesta del procuratore del Re venne la causa portata avanti il tribunale correzionale di polizia. — Certo Martin assumendosi la causa del suo affittaiuolo, inquisito del reato, si pretese proprietario del terreno su cui fu scavato il fosso; ed emanò sentenza, che rimise le parti avanti l'autorità civile per far decidere la questione pregiudiciale. Per atto 19 luglio 1822 il Martin, considerando il processo verbale come una molestia inferta al suo possesso, intentò l'azione di manutenzione. — Egli vi riescì; ma sull'appello dall'emanata sentenza il tribunale di Joigny la riformò per motivo, che il processo verbale non fosse un fatto della Comunità; che l'azione correzionale fosse stata promossa a richiesta del pubblico ministero; e che altronde Martin avesse promosso il petitorio sull'azione del ministero pubblico, avendo offerto di stabilire la sua proprietà sul terreno, in cui si era scavato il fosso, e avesse così rinunciato all'azione possessoria, a termini dell'art. 26 del Codice di Procedura, che interdiceva l'esercizio di siffatta azione a chi aveva intentata l'azione petitoria: *Le demandeur au pétitoire ne sera plus recevable à agir au possessoire.*

Ma questa sentenza fu cassata sulla considerazione, che tutte le azioni possessorie erano di competenza del giudice di pace; che il signor Martin aveva potuto considerare la Comunità come il vero autore della lamentata molestia di diritto e chiedere la riparazione, essendo stato il processo verbale redatto dalla guardia campestre nell'interesse della detta Comunità e per ordine del *maire*, come questi all'udienza aveva riconosciuto; e che il Martin non domandava di essere mantenuto nel possesso di un terreno, il quale facesse o si provasse aver fatto parte di una strada pubblica, ma nel possesso della parte del suo prato, sulla quale egli aveva fatto scavare un fosso, onde dividere i suoi beni dalla strada, che ne era il confine; azione questa di possesso inerente al suo diritto di proprietà, il cui esercizio non poteva fargli perdere la vicinanza della strada.

181. Si mosse pure la questione, se quegli, contro il quale s'intenta l'azione di manutenzione, debba, per conservare il suo

Digitized by Google

diritto, prendere quest'azione come un turbamento, e domandare egli stesso di essere mantenuto nel possesso.

Pothier (1) sembra decidere per l'affermativa.

Ma il signor Garnier (2) combatte questa opinione. « Noi non vediamo, egli dice, perchè il convenuto coll'azione di manutenzione sia tenuto a costituirsi riconvenzionalmente attore. La legge autorizzandolo a provare un possesso contrario, che è il diritto naturale della difesa, lo protegge sufficientemente, e se questo possesso è riconosciuto dal giudice, il quale in conseguenza rigetti la domanda dell'attore, egli non ha più nulla a fare, nè a desiderare (3).

« Può essere altronde che il convenuto non abbia da opporre il possesso annale contrario; in questo caso egli si limita a negar quello dell'avversario; e se questi non ne somministra la prova, è rigettato nella sua domanda, e la manutenzione a favore del convenuto è la conseguenza di questa decisione.

« Ma se nel corso di una istanza per la manutenzione l'attore o il convenuto contestasse il possesso del suo avversario, vi sarebbe egli un atto di turbamento nelle conclusioni, che rinchiudessero questa allegazione? Bisogna distinguere:

« Supponiamo che l'attore, dopo di aver conchiuso per essere mantenuto in possesso di un iugero di prato, aggiunga nel corso di una instanza che questo iugero fa parte di una più estesa quantità di terreno, di cui egli è altresì detentore, e nel possesso della quale egli domanda pure di essere mantenuto, il convenuto dovrà egli prendere questa nuova domanda per turbamento, e formare azione di manutenzione? No, senza dubbio; egli si limiterà a ribattere questa come la precedente, sia semplicemente, sia opponendo un possesso annale contrario; e le ragioni che noi abbiamo già dato della nostra opinione, si applicano anche a questo caso.

(1) *Traité de la possession*, n° 103.

(2) *Des actions possessoires*, pag. 66.

(3) Per conservare il suo diritto, non ha di certo d'uopo il convenuto di considerare l'azione contro di lui promossa come una molestia al suo possesso, bastandogli la prova di un possesso contrario a quello preteso dallo attore. Ma ciò non toglie che il convenuto possa prendere l'azione di manutenzione come vero turbamento al suo possesso, e, agendo in riconvenzione, conchiudere per la propria manutenzione in esso.

Digitized by Google

« Se, al contrario, è il convenuto il quale oppone essere nel possesso non solamente dell'iugero di prato, ma ancora di tutta la prateria, la prudenza esige che l'attore originario, prendendo questa allegazione come turbamento, aggiunga alla sua prima domanda quella d'essere mantenuto in possesso della totalità; altrimenti potrebbe avvenire che il convenuto, sia che abbia perduta o guadagnata la sua lite per lo iugero di prato, sostenesse che il suo avversario fu turbato nel rimanente da oltre un anno, e che non ha su questo punto possesso pacifico; che, in ogni caso, egli è decaduto dal diritto d'intentare l'azione di manutenzione, per non averla promossa entro l'anno dalla molestia.

« Ma se l'attore in vece di un'azione di manutenzione si limitasse a significare una protesta contro il possesso, una intimazione di sgombrare dal medesimo, l'avversario sarebbe nella necessità di agire; non gli basterebbe di rispondere con una protesta o dichiarazione, comunque positiva ella fosse. Non vi può essere similitudine tra questo caso e quello di un'istanza proposta in contraddittorio, e nella quale si conchiuda a far dichiarare l'avversario senza possesso o ad essere mantenuto in quello che si pretende avere. »

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Termine utile all'esercizio dell'azione di manutenzione.

Se decorra contro ogni persona.

SEZIONE PRIMA

Termine.

---

182. Le disposizioni dell'art. 694 del Codice Civile sono assolute. L'azione dev'essere promossa *entro l'anno dalla molestia*, termine perentorio, a pena della decadenza dal diritto di proporla. E a ragione; poichè dopo l'anno possono verificarsi due casi diversi, in conseguenza dei quali l'azione di manutenzione verrebbe a mancare di causa e di soggetto. O l'autore della molestia entrò e rimase pacificamente nel possesso, e finì per acquistare esso stesso l'azione in manutenzione; o seguitò a rimanervi tranquillamente il molestato, e allora non avrebbe questi più interesse e ragione di agire in possessorio, avendo per sè il pacifico possesso da oltre un anno posteriormente alla molestia.

Una domanda introdotta nell'anno da chi non abbia qualità, e ripresa dopo l'anno da chi la rivesta, sarebbe anche inefficace ed inammessibile. La nullità primitiva della domanda si estenderebbe alla ripresa d'istanza, o, a meglio dire, essendo nulla la prima istanza, la domanda fatta in seguito sarebbe colpita dalla stessa nullità dell'azione originaria, se considerata come riassunzione d'istanza, e riuscirebbe tardiva ed inammessibile, se considerata come nuova proposta di azione possessoria.

Digitized by Google

La legge, stabiliendo che l'azione debba promuoversi *entro l'anno* dalla molestia, esclude dal computo il *dies a quo* e vi include il *dies ad quem*. Se l'atto turbativo venne, per esempio, commesso il 1° gennaio 1875, l'azione deve proporsi al più tardi il 1° gennaio 1876, in cui si compie l'anno. E, per le ragioni già espresse al N° 67, l'anno si compie allo scadere dell'ultimo giorno, quand'anche feriato.

183. La legge scioglie il corso al termine dell'anno dal giorno, in cui siasi verificato l'atto di turbamento al possesso. Tale è il concetto della medesima. Ma, se l'atto non è conosciuto dal possessore, incorre questi nella decadenza del termine? — La legge, consentanea alla ragione che inspirò l'istituzione dell'azione possessoria, e così a se stessa, ne circonscrisse l'esercizio, fissandone il punto di partenza dal giorno della molestia, e non ammise la condizione della speciale scienza nel possessore. Sarebbe altrimenti aperta la via a lunghi litigi per determinare il tempo di questa scienza, e quindi fallito lo scopo dell'azione possessoria.

La legge però intende che si tratti di fatto palese, inducente la presunzione legale della scienza, e così di una notorietà, la cui ignoranza non possa scusare il possessore, a senso dei principii già svolti in tema di possesso pubblico. Gli atti, che sono inetti a determinare un possesso giuridico, non possono di certo costituire una molestia capace di dar corso al detto termine.

Se, in sostanza, i fatti turbativi di un possesso non si manifestano in modo pubblico e preciso, come vera negazione del possesso o diritto di possedere nel molestato, non può correre termine di pregiudizio contro il medesimo.

Vi sono, invero, fatti clandestini e nascosti, che non si possono conoscere e denunciare, se non quando vengano in qualche modo a palesarsi; ed il termine in tal caso non può decorrere che dal giorno, in cui se n'ebbe o se ne potè effettivamente avere la scienza, per essersi resi evidenti (1).

Se uno scava un sotterraneo che s'inoltra nella proprietà del vicino, senza che lasci trasparire alcun segno esteriore, che indichi e scopra il lavoro, il vicino, non potendo agire per la

(1) *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 465.

Digitized by Google

riparazione di un fatto ignoto, non può essere danneggiato nei suoi diritti e nelle conseguenti azioni. L'autore di questo fatto non potrebbe acquistare alcun relativo possesso, non costituendo un atto possessorio a senso della legge; e quindi per la natura del fatto stesso non potrebbe neanco decorrere termine di pregiudicio al vicino, non esistendovi molestia, da cui prenda le sue mosse l'anno utile all'esperimento dell'azione.

184. Può anche accadere che un fatto, innocuo ne' suoi primordii, divenga nocivo in progresso. Accade di fatto talvolta che un'opera non si presenti in principio coi caratteri di una vera molestia, non recando danno agli altrui beni; ma che progrediendo venga in seguito ad arrecare danno, e così a convertirsi in reale turbamento al possesso di questi beni; ed in tal caso l'anno per intentare l'azione di manutenzione deve decorrere non dal giorno in cui l'opera venne incominciata, essendo inoffensiva; ma da quello in cui cessando di essere tale per nuovi lavori ed ulteriore proseguimento dell'opera, arrecò un vero turbamento, o pericolo di danno al possesso del vicino.

Ecco un fatto deciso dalla Corte di Cassazione francese con sentenza delli 8 gennaio 1833 (1).

Poujol et Degany sono proprietari sul corso di acqua di Brucheville, di una chiusa composta di due parti, l'una stabile fatta a muro, esistente da più di vent'anni; l'altra mobile, formata con travicelli, che si alloga ogni anno quando se ne ha bisogno. Sembra che sino all'anno 1830 il signor Caillemer, ortolano, proprietario vicino, non avesse provato alcun danno da detto stato di cose; ma a quest'epoca, sia in conseguenza di uragani, sia per eccesso di elevazione dei travicelli, i suoi beni furono inondati, ed i suoi raccolti danneggiati. Quindi azione di manutenzione contro Bauguillot, agente delli Poujol e Degany, il quale aveva posti i travicelli.

Il giudice di pace accoglie l'azione; atteso che è dal collocamento dei travicelli, il quale ebbe luogo da tempo minore di un anno, che derivò il danno, non per cagione del muro fabbricato già da vent'anni, mantenuto nel suo stato primitivo. Sull'appello, viene poi la sentenza confermata dal tribunale di

(1) *Jurispr. du XIX siécle*, 1833, pag. 321.

Digitized by Google

Valognes. Si ricorse in cassazione; e la domanda venne rigettata colla sovra riferita sentenza;

« Atteso, sul primo motivo, che era stato deciso in fatto dalla sentenza attaccata, che Caillemer aveva provato un danno nella sua raccolta del fieno, non pei lavori ed opere stabili formate nel corso d'acqua, di cui si tratta, ma per causa della chiusa operata dal ricorrente col mezzo di travicelli e di assi, che hanno elevato le acque ed occasionato il riflusso;

« Atteso inoltre, che la medesima sentenza ha deciso che la chiusa del corso d'acqua era stata fatta nell'anno, d'onde ne segue che pronunciando il giudice di pace di essere competente, egli si è pienamente conformato alla legge;

« Atteso infine, sul secondo motivo addotto, che si trattava nella causa di un fatto qualificato per delitto dalla legge, per rapporto al quale l'eccezione del mandato non poteva essere opposta dall'autore di questo fatto. »

185. La molestia al possesso può verificarsi anche senza il danno; ma se l'opera turbativa si compie da un proprietario sul proprio fondo, non può costituire molestia al possessore di un altro fondo, salvo vi arrechi danno o minaccia di danno. E, come già si osservò, varii possono essere i casi, in cui un fatto non pregiudica in principio l'altrui possesso, mancandovi l'elemento del danno; ma che in un dato punto diventando causa di offesa rivela la molestia. La costruzione, per esempio, di un muro sui confini è opera lecita e non turba il vicino; ma se, giunto il muro ad una certa altezza, vi si aprono finestre a prospetto, nasce da tale giorno una reale ed evidente molestia.

Se dunque la molestia, prodotta dal danno per opera su altrui fondo, esiste dall'origine dei lavori, il possessore è dalla legge posto in mora sin da tale epoca a respingere l'attentato al suo possesso. Ma se il danno si realizza soltanto nel progresso di questi lavori, la mora per agire non può sorgere che da tale punto, mancandovi prima la ragione e il fondamento.

186. E se uno pretendendo al possesso di un fondo, si dirige non alla cosa con atti di possesso o per atto civile o giudiziale direttamente al proprietario, ma, in ipotesi, al conduttore con atti giudiziali involventi pretese alla cosa, può l'anno decorrere

Digitized by Google

contro il proprietario dal giorno dell'intimazione di tali atti al conduttore?

La risposta al quesito già trovasi data nel N° 178. — Un atto non notificato al proprietario, ma ad altri che non lo rappresenta, fosse anche l'usufruttuario, non ha virtù di far decorrere detto termine, come per regola generale avviene sempre di quegli atti, che non si partecipano alla persona che si ritiene obbligata a qualche cosa, ma si notificano a terzi che non ne sono i legali rappresentanti.

È evidente che il locatore (salvo il caso in cui sia avvisato dal conduttore, perchè cessa di fatto in tal caso l'ignoranza) non può conoscere la molestia di diritto per un atto intimato al conduttore; e che il fatto di quest'intimazione non può neanco assumere il carattere di una molestia al possesso.

187. Il termine di un anno non è suscettivo d'interruzione. — Differisce quindi in ciò dal possesso oltreannale anteriore alla molestia, il quale dev'essere costituito di un corso non interrotto di stato legale. — E la ragione della differenza sta nel concetto stesso della cosa; giacchè il corso oltreannale ha per effetto di produrre un diritto possessorio, mentre questo termine di un anno è puramente diretto a tradurre in fatto l'azione nata in conseguenza del diritto acquistato col possesso di oltre un anno. Perciò l'anno, di cui si tratta, fa il suo corso senza intermissione, a guisa dei termini di procedura che devonsi osservare, a pena di decadenza.

Questa disposizione poi, che obbliga a proporre nell'anno dalla molestia l'azione possessoria, non può opporsi al convenuto. E giova spiegarsi con un esempio. Se la domanda di chi promosse tardivamente l'azione venne rigettata, pel motivo che il legittimo possesso della cosa litigiosa spettasse al convenuto e non all'attore, non potrebbe questi intaccare la sentenza favorevole al suo avversario, perchè la costui domanda in via riconvenzionale non sia stata promossa entro l'anno dal fatto che diede luogo al giudizio possessorio.

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

Decorrenza del termine contro ogni persona.

---

188. Le disposizioni del Codice Civile, che circoscrivono ad un anno la facoltà di promuovere le azioni possessorie, sono concepite in termini assoluti e generali (1); epperciò non ammettono eccezione alcuna, ma colpiscono di decadimento ogni persona, che lasci trascorrere questo spazio di tempo senza promuoverne l'esperimento; e quindi anche i minori, gl'interdetti ed ogni altra persona, contro cui non decorre l'ordinario corso della prescrizione (2).

L'azione possessoria è una specie di privilegio, di cui non si può godere che a norma delle condizioni stabilite dalla legge; e altronde non si tratta che di un semplice possesso, la cui privazione, o restrizione non pregiudica ai diritti dei minori e delle altre persone privilegiate; ed infine quegli che ha goduto per tutto un anno del possesso di una cosa pubblicamente e senza contraddizione, ha per sè una presunzione di legittimità, che non può essere distrutta che nel petitorio (3).

La legge, che sospende il corso alla prescrizione a favore dei minori e delle altre persone in essa contemplate (4), si applica all'acquisizione della proprietà, non alle azioni possessorie che lasciano la proprietà intatta, e che il minore e le altre simili persone potranno ricuperare col mezzo dell'azione petitoria. E per altra parte gl'interessi di tali persone debbono qualche volta cedere a considerazioni di ordine pubblico.

Questo punto di questione venne ampiamente discusso dagli autori francesi; ed io credo pregio dell'opera di riportarne le diverse opinioni.

(1) *Cod. Civ.*, art. 694.
(2) *Cod. Civ.*, art. 2120.
(3) LEMAITRE, *Coutume de Paris*, tit. 4, cap. 1, sez. 2.
(4) *Cod. Civ.*, art. 2120.

Digitized by Google

Il sig. Pigeau (1) sostiene che l'anno non decorre contro le dette persone, ed ecco il testo del suo ragionamento.

« L'articolo 2251 del Codice francese, dopo di aver dichiarato che la prescrizione ha luogo contro qualunque persona, aggiunge: *a meno che sia contemplata in qualche eccezione stabilita da una legge:* quindi l'art. 2252 (2120 del patrio Codice) decide che la prescrizione non corre contro i minori e gl'interdetti, salvo quanto è stabilito all'art. 2278 (art. 2145 del nostro Codice), e ad eccezione degli altri casi determinati dalla legge.

« Ora, siccome nel caso dell'art. 2278 (2145 del Codice italiano) non si trova il possesso di un immobile, e non vi ha legge, la quale stabilisca che questo possesso si prescriva col decorso di un anno contro i minori, è forza a dire che esso non si prescrive contro i medesimi durante la loro minorità.

« Vi correrebbe altronde fra i casi dell'art. 2278, e quello del possesso di un immobile una grande differenza. I primi, designati negli articoli 2271 e 2277 (articoli 2139, 2140 e 2144 del patrio Codice) sono per oggetti poco importanti in generale, e la privazione dei quali non può che influire debolmente sulla fortuna del minore. Non è lo stesso della privazione del possesso di un immobile. Il possesso non dà tosto la proprietà, egli è vero, ma conduce alla medesima per gradi, sino al momento in cui si compia la prescrizione, in modo che si può dire che ogni giorno si fa un passo verso la proprietà. Un minore può aver posseduto per un tempo abbastanza lungo per toccare al termine della prescrizione, e per conseguenza alla proprietà. Se un terzo, diverso da quello contro cui egli prescrive, usurpa il possesso, e il tutore non reclama entro l'anno durante il quale si sarebbe forse compiuta la prescrizione, il minore, ove si ammetta che la sua azione è prescritta, avrebbe perduta la proprietà che egli avrebbe altrimente acquistato. »

Molti dotti giureconsulti combattono quest'opinione di Pigeau; e fra gli altri Carré (2), il quale osserva, essere affatto nuova questa opinione, essendole contrari gli antichi principii unanimamente adottati, e pei quali egli si pronuncia.

(1) *Commentaire posthume*, tom. 1, pag. 54; GARNIER, pag. 41.
(2) *Droit français dans son rapport avec les justices de paix*, n° 1580.

Digitized by Google

« In effetto, egli dice, la prescrizione è un mezzo di acquistare la proprietà di una cosa allo spirare dello spazio di tempo determinato dalla legge. Il possesso non è che il mezzo di pervenire alla prescrizione, aggiungendo, al fine di arrivare a questo termine, ciascun anno di possesso non interrotto. Ora il possesso è interrotto per qualunque molestia di diritto o di fatto; ma egli non è perduto se non in quanto il possessore ha lasciato l'autore della molestia a godere senza ostacolo, non intentando contro di lui l'azione possessoria. Non vi ha in favore di questo ultimo prescrizione di possesso, ma soltanto decadimento dal diritto di agire in possessorio contro colui, che ha goduto pacificamente a sua vece durante un anno, e che, nello stesso modo con cui il precedente possessore aveva acquistato il possesso col godimento pacifico di un anno almeno, viene ad acquistarlo alla sua volta con un somigliante godimento, e ciò in virtù di una formale disposizione della legge.

« Che importa che il Codice Civile francese abbia dichiarato, nell'articolo 2251, che la prescrizione corra contro qualunque persona non compresa in alcuna delle eccezioni legali, e che l'art. 2252 abbia eccettuati i minori e gl'interdetti, salvo i casi previsti dall'art. 2278, in cui non si tratta d'immobili, ai quali soli si riferiscono i principii sul possesso, e le regole concernenti l'azione possessoria? L'art. 2252 si riferisce all'acquisizione della proprietà di una cosa per mezzo della prescrizione, e non già all'acquisto del possesso che non istabilisce che una semplice presunzione di proprietà, la quale, per verità, può condurre alla prescrizione, ma non istabilisce alcun diritto di proprietà, poichè la presunzione, che la legge vi attacca, svanisce dinanzi alle prove di questo diritto, fornite e riconosciute in petitorio.

« Che importa inoltre questa considerazione che il minore possa essere esposto, pel decadimento dal diritto d'intentare l'azione di manutenzione contro quello, che dopo di lui si è messo in possesso e l'ha conservato pacificamente durante un anno, a perdere il vantaggio che questo possesso gli darebbe di prescrivere un giorno la proprietà della cosa?

« O questo minore è proprietario, o non è che un semplice possessore.

Digitized by Google

« Nel primo caso non ha egli forse il mezzo dell'azione petitoria per far riconoscere il suo diritto, e riprendere a questo modo il possesso irrevocabile del suo immobile, o de' suoi diritti reali immobiliari?

« Nel secondo caso sarebbe egli conforme all'equità che un minore il quale, per se stesso, o per mezzo del suo tutore, ha potuto, mediante un anno di godimento, acquistare il possesso di una cosa, avesse il privilegio esorbitante di conservarlo, anche dopo lo stesso spazio di tempo fissato dalla legge onde ogni altro possa acquistarlo, se l'azione possessoria non è intentata entro l'anno della molestia? No, senza dubbio; e ciò che non sarebbe equo, non è legale in questa circostanza: poichè ai privilegi non si può supplire, e non è punto per l'induzione di una legge ad un'altra che si stabiliscono, ma per una espressa disposizione della legge. Ora questa disposizione non esiste; l'art. 23 del Codice di Procedura non fa alcuna distinzione; dunque, indipendentemente dagli articoli del Codice Civile, dai quali si vuole argomentare, lo spazio di un anno per intentare l'azione di manutenzione corre contro qualunque persona, salvo, riguardo al minore, il suo regresso contro il tutore negligente, che non abbia intentata l'azione in tempo utile. »

189. Dalloz (1) osserva pure che questo termine corre indistintamente contro ogni persona; non solo contro lo Stato, i Comuni, le Amministrazioni, gli assenti, le donne maritate, ma anche contro i minori e gl'interdetti. E, premesso che siffatta regola fu sempre ammessa nell'antica giurisprudenza e debbe esserla ugualmente oggidì, espone come tuttavia Pigeau, giureconsulto distinto, ne avesse contestato l'applicazione ai minori ed agl'interdetti, a motivo della generalità dell'articolo 2252 del Codice Civile francese, che sospende a loro favore il corso della prescrizione. Ma è principio incontestabile, egli soggiunge, che l'art. 2252 non si applica punto alle dilazioni e alle decadenze di procedura, nè, in generale, alle prescrizioni *brevi temporis*, le quali corrono contro tutte le persone. E, infine, adduce come l'opinione di Pigeau sia rigettata unanimamente da tutti gli autori, e con ragione; giacchè gl'intendimenti dello

(1) *Act. poss.*, n° 586.

Digitized by Google

art. 23 della Procedura Civile francese sarebbero evidentemente elusi, se un'azione, di cui si volle rendere rapido e poco dispendioso l'esercizio, potesse essere intentata da un minore o da un interdetto, dopo venti o trent'anni e più.

La legge, che sospende il corso della prescrizione, si applica soltanto all'essenza dei diritti, che essa risguarda e tutela, e non punto ai termini della procedura, che decorrono contro tutti indistintamente, senza che occorresse una speciale dichiarazione nella legge. — E questa massima è pur generalmente accolta presso di noi, siccome pienamente consentanea al concetto della legge ed all'indole e fine dell'azione possessoria.

Digitized by Google

TITOLO QUINTO

AZIONE DI REINTEGRAZIONE. — SUA NATURA E DIFFERENZA DALL'AZIONE DI MANUTENZIONE. — SPOGLIO VIOLENTO OD OCCULTO. COSE SOGGETTE ALL'AZIONE. — TERMINE PER PROPORLA.

CAPO PRIMO

Dell'azione di reintegrazione in generale.

SEZIONE PRIMA

Suo oggetto e carattere.

190. Lo spoglio costituisce una gravissima infrazione agli ordini sociali ed alla moralità pubblica, sia che si commetta violentando la resistente contraria volontà del detentore di una cosa, sia che si operi coll'inganno deludendo il detentore e togliendogli di poter resistere (1). Perciò il legislatore dovendo statuire una forza riordinatrice proporzionata al disordine a cui doveva riparare, determinò mezzi pronti, risoluti e consentanei allo scopo, ed estese la sua protezione a qualsiasi possesso, anche vizioso e così al possesso nudo e semplice, alla detenzione sfornita di carattere giuridico.

E per fare scomparire immediatamente le traccie di questa grave ed esiziale offesa privò l'usurpatore delle stesse eccezioni che gli potevano competere nei casi ordinari; cosicchè non potrebbe in alcun caso esimersi dalle conseguenze del suo fatto

(1) *Spoliatio delictum est, aut proxime saltem ad delictum;* FAB., *Cod.*, lib. I, tit. 12, *Def.* 11; *Cod. Civ.*, art. 695 e 696.

Digitized by Google

e differire la restituzione allo spogliato, offerendo la prova del suo diritto. Lo stesso proprietario, che ritolga ad un terzo la sua cosa in uno di detti modi, rimane colpito dall'azione straordinaria della reintegrazione.

Non è in sostanza quest'azione determinata dalla qualità e dalla durata del possesso, ma dalla natura dell'atto che le dà occasione; e il proprietario in detto caso avrebbe peccato nella maniera di esercitare le proprie ragioni.

Altronde chi possiede una cosa ha per sè l'apparenza di un qualche diritto; e per contro chi ne opera lo spoglio colla violenza o coll'insidia, si presenta col riprovevole marchio di un usurpatore.

La legge parlando del possesso *qualunque esso sia*, comprende non solo, come sopra, il materiale possesso o la naturale detenzione di una cosa, come sarebbe il possesso per parte di un affittaiuolo o di altro possessore precario, ma anche il possesso del nudo diritto, come del proprietario di beni da altri usufruiti, o dell'erede a cui passano di diritto li beni del defunto, senza bisogno di apprensione di fatto, e dei quali si ha per ispogliato se un terzo, pretendendo ai beni stessi, ne prende possesso (1).

Vuolsi però stabilire il possesso della cosa, naturale o civile, di cui uno sostiene essere stato spogliato, al momento dello spoglio (2); giacchè si chiederebbe indarno la restituzione di un possesso che non si avesse avuto: mancherebbe affatto la realtà e la possibilità dello spoglio.

191. Per l'esercizio dell'azione di reintegrazione non è necessario che si verifichi l'elemento del danno attuale o futuro. Basta da un lato l'immorale arbitrarietà del fatto a produrre l'azione, e dall'altro lato la guarentigia del possesso a costituire l'interesse e il diritto a proporla (3).

Non è neanco necessario che lo spoglio sia della totalità della

(1) *Cod. Civ.*, art. 925 e 926; *Giur. ital.*, vol. XXVI, 1, 825.

(2) *Cassaz. di Torino*, 1° dicembre 1871; *Giur.*, 1872, pag. 56. *V.* pure *Giur.*, 1870, pag. 291; *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 652, vol. XXIII, 1, 793, e vol. XXIV, 1, 277.

(3) *Giur. ital.*, vol. IX, 1, 79; *Collezione di Sentenze della Corte di Cassazione Subalpina*, anno 1857, pag. 31.

Digitized by Google

cosa, potendo anche compiersi su di una parte. Però una spogliazione parziale diventa naturalmente generale a riguardo dell'oggetto o parte della cosa su cui cade.

A qualificare lo spoglio dovendo i fatti verificarsi colle condizioni che vi sono legalmente annesse, ne consegue, che se li atti non rivestono il carattere della violenza o della clandestinità, cessano di essere nel concetto della legge un vero spoglio, e assumono in vece la semplice qualità di molestia al possesso.

E per contro vi possono essere spogliazioni, che autorizzano l'azione di reintegrazione, malgrado manchi l'effettiva privazione del possesso, come nel caso di demolizione di un muro.

192. Nella ricerca poi degli elementi costitutivi della violenza o della clandestinità non vi è nulla di subbiettivo da esaminare in chi commette lo spoglio, se cioè abbia il medesimo operato in buona fede ovvero colla coscienza di usurpare la cosa altrui; non essendo l'*actio spolii* subordinata alla ricerca delle intenzioni dell'agente (1).

È pure evidente che nel caso in cui l'azione derivi da un fatto comune a molti, per esempio al locatore ed agli affittaiuoli, tutti ne sono risponsabili; e questi ultimi non potrebbero chiedere di essere posti fuori di causa, non trovando alcuna applicazione a siffatto caso l'art. 1582 del Codice Civile (2).

Compete l'azione anche contro il materiale esecutore, cioè contro chi, dietro incarico, avesse agito per l'altrui interesse, non potendo nei fatti illeciti l'esecutore sottrarsi alle conseguenze del proprio fatto. La qualità di agente o mandatario non esonera alcuno dagli effetti della colpa; *non enim excusatus est qui jussu alicujus dejicit, non magis quam si jussu alicujus occidit* (3). E la Corte di Cassazione di Firenze, in giudizio di reintegrazione, sancì in modo speciale, che nei fatti illeciti lo esecutore non può mai declinare la sua risponsabilità, allegando la qualifica di mandatario (4).

(1) *Cassaz. di Napoli*, 6 dicembre 1873; *Giornale dei Tribunali*, 1874, pag. 209.
(2) *Giur. ital.*, vol. IV, 1, 636.
(3) *Leg.* 1, § 13; *Dig., De vi et vi arm.; Leg.* 6, *Dig., Quod vi aut clam;* — *Cassaz. di Firenze*, 9 febbraio 1874; *Giornale delle Leggi*, anno V, pag. 115.
(4) *Sent.* 16 febbraio 1874; *La Giur.*, 1874, pag. 256.

Digitized by Google

Le accennate massime, fondate su principii inconcussi di diritto, sono anche sanzionate dalle disposizioni degli art. 1151, 1152 e 1156.

Giova infine osservare che persino le cose incapaci di possesso manutenibile devono essere restituite, se furono tolte in modo violento od occulto, non essendo ammesso l'usurpatore a discutere sulla qualità della cosa, come non lo è a discutere sulla causa del possesso dello spogliato (1).

SEZIONE SECONDA

Indole della reintegrazione diversa dalla manutenzione.
Cumulo delle *due* azioni.

---

193. Dalle antecedenti considerazioni già risulta, che, malgrado una certa analogia di cause, esiste una grande differenza caratteristica tra le due azioni, la quale vuol essere ponderata nello esperimento delle medesime.

E a meglio chiarire il concetto giova il loro raffronto.

Esse differiscono nel loro oggetto; giacchè l'una mira alla conservazione del possesso, turbato dalla altrui molestia; e l'altra a far ricuperare un possesso perduto pel fatto di uno spoglio.

Differiscono per la loro natura e pei mezzi; poichè l'azione di manutenzione nasce da un turbamento qualunque ed è fondata sovra un godimento civile e legittimo di oltre un anno; e quella di reintegrazione deriva da un reale spossessamento perpetrato colla violenza o col dolo, ed in essa non si esaminano i caratteri del possesso, bastando una qualsiasi naturale detenzione.

E differiscono infine pei loro effetti, perchè a riguardo della prima, la sentenza assicura al possessore un possesso civile, legale e definitivo, il quale non può essere tolto che dietro sentenza in giudizio petitorio; e per riguardo alla seconda, la

(1) GARNIER, *Act. poss.*

Digitized by Google

sentenza rimane senza influenza sui diritti delle parti, le quali possono in seguito farli valere nello stesso giudizio possessorio. Questa in sostanza non attribuisce al detentore che un godimento materiale, momentaneo e provvisorio, il quale può essergli tolto anche nel possessorio: cosicchè per effetto della reintegrazione, si riprende soltanto la primitiva condizione, legittima o illegittima, di possesso, a guisa di provvedimento che precede il giudizio di manutenzione, e talora non costituisce che un puro episodio nel giudizio stesso (1).

194. La relazione governativa alla Procura Civile, accennando ai diversi estremi delle due azioni, fa le seguenti osservazioni:

Il turbamento non costituisce mai un fatto così grave come lo spoglio; con questo il privato, arrogandosi un'autorità che non ha, viola non solo apertamente il principio sociale, per cui niuno può farsi giustizia da se stesso, ma provoca una lotta che può aver funeste conseguenze. La pronta reintegrazione del possesso a favore dello spogliato è pertanto una regola di ordine e di tranquillità pubblica, qualunque sia il possessore, qualunque l'oggetto posseduto. L'impiego della violenza aperta od occulta resta efficacemente prevenuto, per ciò solo che gli effetti della medesima vengono tosto annullati. Onde coll'azione di reintegrazione, benchè qualificata possessoria, si applica assolutamente il criterio giuridico, già enunciato dal diritto romano per gl'interdetti possessorii: *Quamvis in rem concepta videatur, vi tamen ipsa personalis (ex delicto)*. Non havvi qui, rigorosamente parlando, alcuna presunzione di diritto per lo spogliato; si vuole reprimere il fatto dello spoglio, e nulla più. La reintegrazione non esclude l'esercizio delle altre azioni possessorie, anche per parte di colui, al quale sia stata ordinata la reintegrazione.

Per contro, nell'azione di manutenzione di possesso sono richieste particolari condizioni, in quanto che per essa il pos-

(1) L'art. 697 del *Cod. Civ.* riepiloga la precedente giurisprudenza, secondo la quale chi avesse soccombuto nel giudizio di reintegrazione poteva ancora intentare il giudizio di manutenzione, provando un possesso oltreannale anteriore a quello in cui fosse stato ristabilito il suo avversario, purchè nell'anno dall'atto del turbamento.

Giur. ital., vol. XI, 1, 280.

Digitized by Google

sesso viene definitivamente aggiudicato a titolo di proprietà ad una delle parti, salvo all'altra il diritto di promuovere l'azione petitoria. È quindi necessario che colui, il quale ha praticato gli atti naturalmente proprii all'esercizio di un diritto, gli abbia praticati con tutte le condizioni di un possesso legittimo a termini dell'art. 686, e che tale possesso abbia avuto una durata tale da rendere praticamente apprezzabili quelle condizioni.

Questa relazione governativa fa rilevare distintamente le diverse cause ed elementi, che costituiscono le due azioni e la speciale sfera, in cui ciascuna di esse si raggira e svolge. Ma il pensiero di dare risalto al confronto ed alla conseguente distinzione produsse forse qualche inesattezza od esagerazione nei concetti, quando cioè non si ravvisa nella reintegrazione alcuna reale protezione al possesso, e quando nella manutenzione si accenna alla aggiudicazione del possesso a titolo di proprietà.

Non è poi inopportuno di osservare che le azioni di manutenzione e di reintegranda, differendo come avanti fra loro in entrambi gli elementi del possesso e dell'attentato, non che nel procedimento, ne viene che il giudice, adito unicamente per l'azione di manutenzione, non può ordinare la prova dello spoglio violento o clandestino, quand'anche siensi invocati nella domanda gli articoli di legge riflettenti la reintegranda. — L'indole di una azione si deve desumere non già da una parola più o meno esattamente adoperata nell'atto istitutivo del giudizio, nè da una disposizione di legge inavvedutamente invocata dall'attore, sibbene dallo scopo a cui questi tende, e che forma l'obbietto della domanda (1).

Quando lo spoglio però, violento o clandestino, versi sopra un possesso legittimo ed oltreannale, può lo spogliato esperimentare la manutenzione, anzichè la reintegrazione; e può anche cumulare le due azioni, non essendo tra loro incompatibili. È anzi talora prudente di farne la cumulazione per tutte le possibili evenienze del giudizio; potendo accadere che dall'esito delle prove vengano ad emergere gli elementi giuridici di una di dette azioni, e non quelli dell'altra (2).

(1) *Cassaz. di Napoli*, 11 agosto 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVII, I, 944.
(2) *Ivi* — in not.

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Spoglio violento od occulto. — Cessazione della violenza e della clandestinità.

SEZIONE PRIMA

Spoglio violento. — Autorità pubblica. — *Vi vim repellere.*

---

§ I.

195. La violenza vizia il possesso, come le convenzioni (1), escludendo il consenso e ledendo la libertà. — Sorgono però alcune discrepanti opinioni nella determinazione dei criteri per la valutazione dei fatti che, costituendo la violenza, possono dare luogo all'azione della reintegrazione in possesso.

Alla *Vis atrox* dell'antico diritto, carattere dell' *Unde vi*, la giurisprudenza romana sostituì il principio, secondo il quale a costituire la violenza basta che l'atto, con cui uno usurpò di sua privata autorità la cosa altrui, presenti i caratteri d'un fatto grave, e tale da nuocere alla libertà e sicurezza. *Vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putet, non per judicem reposcit* (2). La violenza inoltre non consiste nella sola fisica oppressione delle forze esterne dell'uomo, ma comprende eziandio l'oppressione morale. — *Vi dejicitur*, osserva il giureconsulto Paolo, *non tantum qui oppressus multitudinis, aut fustium, aut telorum, aut armorum*

(1) *Cod. Civ.*, art. 689 e 1111.
(2) *Leg.* 7, *Dig.*, *Ad leg. jul. de vi privata.*

Digitized by Google

metu; sed is qui violentiæ opinione comparata possessione cessit, si tamen adversarius eam ingressus sit (1).

E per violenza morale s'intende quella usata con minaccie, atta ad inspirare il timore *(metus)*, quel turbamento dell'animo e della ragione, che priva la libertà della sua essenza e può fare sull'animo del possessore una tale impressione da costringerlo ad abbandonare il possesso; quel *metus*, che i giureconsulti definiscono *instantis vel futuri periculi causa, mentis trepidatio* (2). A vece la violenza fisica costituisce un male presente, attuale, e non il solo timore di un male; ed è definita: *Majoris rei impetus, qui repelli non potest* (3).

La giurisprudenza romana ritiene anche in ispecie per violenza gravissima quella perpetrata col mezzo di attentato ai buoni costumi. — *Sed vim accipimus atrocem, et eam quæ adversus bonos mores fiat.*

Considera pure ugualmente spogliato il proprietario, la cui casa sia stata in sua assenza occupata senza uso della forza: Quest'atto non costituisce che una specie di spoglio clandestino; ma se il proprietario incontra, al suo ritorno, resistenza ed impedimento a rientrare in casa, verificasi la forzata espulsione ed ha luogo l'interdetto *De vi* (4).

(1) *Recept. Sent.*, tit. 6, § 4; *Leg.* 1, § 29; *Leg.* 3, § 5, *Dig., De vi et vi arm.; Leg.* 4, § 22, *De usurpat.*

(2) *Leg.* 1, *Dig., Quod met. caus.*

(3) *Leg.* 1, § 3, *Dig., De vi et vi arm.; Leg.* 2, *Dig., Quod met. caus.*

(4) Nel *Repertorio Univ.* di MERLIN viene esposto il seguente caso:

« Si può forse considerare, egli dice, essere possesso violento quello che Pietro acquistò introducendosi nel podere di Paolo, in cui non trovò persona alcuna, e nel quale posteriormente impedì Paolo di rientrare prima che fosse decorso un anno ed un giorno dacchè ebbe principio questo suo nuovo possesso? La ragione di dubitare è che Pietro non impiegò violenza alcuna per entrare nel podere di Paolo. Ciò non ostante fu deciso dalla *L.* 6, § 1, *ff. de acquirenda possessione*, che in questo caso il possesso di Pietro è un possesso violento.

« Questa decisione è fondata sul motivo che Paolo, il quale era uscito dal suo podere, ne conservava il possesso colla volontà che aveva di rientrarvi. Dunque esso non fu spogliato del suo possesso che quando Pietro impedì a lui di rientrarvi. E siccome Pietro, in ciò fare, impiegò la violenza, bisogna conchiudere che il possesso da lui ritenuto nel podere di Paolo forma un possesso violento. »

Da ciò si deduce adunque che, secondo il diritto romano, il vizio di

Digitized by Google

196. Secondo la giurisprudenza canonica, la quale non è sostanzialmente che il diritto romano applicato ai nuovi bisogni della civiltà con una progressiva trasformazione, sta colla *Violentia malorum* il *dolus, et quæcumque alia injusta causa,* giusta il canone *Redintegranda;* ed è ritenuta come violenza sufficiente ad autorizzare l'azione di spoglio l'occupazione fatta *propria auctoritate, et contra domini voluntatem.* E questo principio, riputato conforme alla ragione giuridica, venne generalmente accolto e tradotto in massima di civile giurisprudenza.

Pescatore (1) premettendo che la detenzione della cosa, considerata nel solo momento attuale, ha per se stessa un valore giuridico, osserva che la detenzione materiale o naturale della cosa si immedesima per modo nella persona del detentore, che la spogliazione *(dejectio)* diventa una violenza contro il detentore medesimo; violenza che si reprime reintegrando immediatamente il detentore nello stato materiale di prima, salva ogni discussione legale di petitorio, e anche di possessorio annale e civile. Chiamo materiale, egli dice, la detenzione del fondo, se il detentore stesso è presente e non possa esserne cacciato senza una violenza di fatto contro la stessa sua persona. Che se il detentore si allontana, provvedendo alla custodia dell'immobile,

violenza non fu indotto dal primo atto dell'occupazione praticato da Pietro, ma bensì dalla di lui opposizione fatta contro Paolo, allorchè prima dell'anno e un giorno egli volle rientrare nel podere da lui lasciato vacante. È perciò manifesto che l'atto di pigliare un possesso con un semplice colpo di mano non costituisce violenza alcuna legale, se non è accompagnato da una personale opposizione al possessore della cosa medesima.

Quindi Ulpiano diceva: *Vi factum videri, Quintus Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit, et mihi videtur plene esse Quinti Mucii definitio* (*).

Nella soluzione poi del caso riferito si pone per condizione, che il reingresso di Paolo, antico possessore, venga tentato entro l'anno e un giorno. Dunque un possesso, preso anche per via d'un colpo di mano non contestato e tollerato per oltre un anno, non ha vizio che ripugni alla manutenzione, quando vi concorrono gli altri requisiti legali. E trascorso detto tempo, ogni via di fatto del legittimo proprietario o possessore anteriore viene qualificata come turbazione all'altrui legale possesso, e a esso più non rimane che l'azione petitoria per far valere li suoi diritti.

(1) *Filosofia e Dottrine giuridiche,* pag. 391.

(*) *Leg.* 1, § 5, *ff. quod vi aut clam.*

Digitized by Google

se vi lascia un guardiano, se chiude la casa, portando seco le chiavi, se cinge il fondo di muro, di fosso o di siepe, o se per mezzo di una pubblica iscrizione il possessore fa una intimazione permanente al pubblico di rispettare il suo possesso o, se infine supplisce all'iscrizione la stessa notorietà *universale del fatto,* — in tutti questi casi si avvera ancora realmente, *per diritto di natura,* la detenzione del fondo non *materiale,* ma *naturale;* perocchè l'uomo ha un diritto naturale di detenzione, diritto di sedere in un luogo, ma non aderisce a nessun luogo con radici come una pianta; la detenzione, come diritto, non nuoce alla locomozione, epperò si conserva colla custodia e con tutte le forme della custodia atte a vietare permanentemente l'usurpazione: usurpare *(vi occupare)* un fondo così detenuto è ancora un atto di violenza: anche la detenzione naturale del fondo si immedesima per diritto di natura, confermato dal diritto sociale, colla persona del detentore.

« Un terzo, aggiunge, può avere acquistato un diritto sulla cosa detenuta dal possessore: questi, poniamo, l'ha venduta, ma non la consegnò ancora e ricusa di consegnarla: il compratore avrà il possesso civile; ma se usurpa per opera di fatto la detenzione che il venditore gli niega, diviene uno spogliatore, e deve innanzi tutto reintegrare. »

Uno può anche commettere uno spoglio violento senza alcun preconcetto pensiero, senza la menoma intenzione cioè di fare cosa contraria al possessore, ed anche nella ignoranza che vi sia un possessore. — Ma se incontra resistenza, e, malgrado si accorga di fare cosa contraria alla volontà di uno che possiede, si spinge a vie di fatto, commette da tale momento un atto di spoglio, dovendosi giudicare l'azione dall'attualità del fatto.

§ II.

197. La nostra legge non determina in modo preciso i caratteri costituenti la violenza e i gradi necessari ad autorizzare l'azione di reintegrazione; e non lo poteva, avendo la violenza

Digitized by Google

qualche cosa di relativo, la cui estimazione vuol essere affidata al prudente criterio del giudice, come quello, cui solo è dato di poter apprezzare la minore o maggior gravità del fatto, secondo le circostanze, le persone, i modi.

Vi sono però, a riguardo dei fatti contro le persone, alcune disposizioni nella legge, relative alla violenza che produce la nullità dei contratti, le quali possono servire di norma per lo apprezzamento dei fatti e per l'applicazione, in via di analogia, dei principii di diritto.

Il Codice Civile, dopo avere dichiarato che la violenza, quando anche usata col mezzo di terza persona, è causa di nullità delle obbligazioni (art. 1111), considera come estorto colla violenza il consenso, quando questa è di tale natura da far impressione sopra una persona sensata e da poterle incutere timore di esporre sè o le sue sostanze ad un male notabile; e dispone, aversi riguardo in questa materia all'età, al sesso ed alla condizione delle persone (art. 1112). Dichiara ugualmente causa di nullità la violenza, quando il male minacciato sia diretto a colpire la persona o i beni del coniuge, di un discendente o di un ascendente del contraente. Trattandosi di altre persone lascia al giudice di pronunziare sulla nullità secondo le circostanze (art. 1113). Il solo timore riverenziale, senza che sia intervenuta violenza, non basta per annullare il contratto (art. 1114).

Ma la violenza, nella materia di cui si tratta, può anche, come si osservò, commettersi per rapporto alla *cosa immedesimata colla persona del detentore;* e pare oramai consacrata la massima, che a caratterizzare lo spoglio violento non è necessario che siavi stata resistenza e conflitto, ma basta che l'atto di spoglio o di usurpazione presenti i caratteri di una via di fatto grave, che equivalga ad una forzata usurpazione, tale da non essersi potuto commettere senza ledere la sicurezza e la protezione, che ogni cittadino ha diritto di attendere dalla forza delle leggi. La violenza pertanto esiste non solo in un atto rivolto direttamente contro le persone, ma eziandio in qualsiasi altro fatto prepotente di spogliazione, come sarebbe la deviazione d'acqua con rottura d'argini, la chiusura di una bocca di derivazione, la demolizione di fabbricati e simili.

Digitized by Google

198. A miglior schiarimento della materia giova riferire alcuni esempi tratti dalla patria giurisprudenza, comprendendovi anche giudicati che esprimono contrarie opinioni.

Secondo la Corte di Cassazione di Napoli (1), qualunque fatto dell'uomo, che costringe un altro a fare ciò che di sua volontà non avrebbe mai fatto, costituisce quella forza maggiore, che non si può o non si sa respingere; e tanto la violenza fisica che la morale possono servire di sostrato all'azione *redintegrandæ possessionis*.

La Corte di Cassazione di Firenze con sentenza 24 febbraio 1873 dichiarò che a costituire in diritto lo spoglio basta anche la violenza morale e l'aver agito contro una formale protesta; e con altra delli 9 febbraio 1874 osservò che l'art. 695 del Codice Civile, non avendo stabilito quale sia lo spoglio violento, si rapportò alle nozioni della scienza, vale a dire alle fonti del diritto comune, a cui risalgono le definizioni e le regole risguardanti gli interdetti possessorii; e che da queste chiaramente si apprende come all'effetto della reintegrazione in possesso non sia necessario che lo spoglio sia accompagnato da una violenza materiale contro le persone, ossia da una aggressione con resistenza e contrasto; ma possa eziandio consistere nel solo fatto di occupare arbitrariamente l'altrui possesso, togliendone al possessore, contro sua volontà, l'esercizio. E citò *le leg. 11, Dig., De vi et vi arm.; 1, § 5, e 20, Dig., Quod vi aut clam;* e più esplicitamente la *leg. 7, Dig., Ad leg. jul. de vi privata* e la *leg. 13, Dig., Quod metus causa* (2).

La stessa Corte, con altra sentenza 17 novembre 1874 (3), diede nella fattispecie decisa alcuni apprezzamenti circa a pretese violenze personali, che giova riferire.

Sui fondi di proprietà del cav. Griffoli esisteva una strada vicinale, sulla quale esercitavano il diritto di passaggio gli abitanti di alcune frazioni del Comune di Montesansavino. In febbraio 1875 il cavaliere Griffoli intraprese il dissodamento di quella strada per impedire il transito ai suddetti abitanti, e fece

(1) *Sent.* 29 marzo 1873; *La Giur.*, 1873, pag. 399.
(2) *La Giur.*, 1873, pag. 460; *Giornale delle Leggi*, anno V, pag. 151.
(3) *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 79.

Digitized by Google

proseguire i lavori, malgrado la guardia comunale facesse rimostranze sulla località per la desistenza; rimostranze, alle quali il guardiano del cav. Griffoli rispose arrogantemente, dicendo anzi, che se fosse stato più di buon'ora, vi avrebbe portato più uomini per terminare il lavoro entro la giornata. La strada venne dopo ciò ridotta interamente a stato lavorativo. — Su domanda del municipio vi fu quindi giudicio di reintegrazione, che riuscì favorevole al medesimo, avendo i giudici rinvenuto nei detti fatti gli estremi dell'azione di spoglio. Ma, denunziata in Cassazione, venne cassata la sentenza sulla considerazione che i principii dalla scienza invocati nella sentenza stessa non consentivano di ravvisare nei sovra esposti fatti quella natura giuridica, che occorreva a qualificarli come estremi della reintegrazione.

La denunziata sentenza, osservò la Corte, per due maniere errò in diritto ne' suoi apprezzamenti. In primo luogo errò giuridicamente sulla persona, che essa ritenne come spogliata. — Spogliato, secondo la scienza e secondo la legge, non può essere altro che quegli, il quale possiede e che nell'atto, in cui s'accinge ad esercitare il possesso, viene violentemente impedito o respinto *(Leg. 1, §§ 9 e 23, Dig., De vi et vi arm.)*. Ora questo primo estremo dell'azione sarebbesi verificato, se uno o più abitanti di quelle frazioni del Comune, i quali esercitavano il possesso, si fossero presentati per passarvi, e i lavoranti del Griffoli avessero violentemente impedito il transito. Ma è contro la disposizione di diritto il ritenere, che soffrisse uno spoglio la guardia comunale, la quale non si presentò sulla località per passare, nè per esercitare un atto di possesso, ma adempiendo invece quell'uffizio di vigilanza, che alle guardie comunali si appartiene sulla manutenzione delle vie inservienti al pubblico uso, si limitò a fare delle rimostranze e ad invitare i lavoranti a desistere dal lavoro, senza che questi ottemperassero al suo invito. Ed errò anche la sentenza, quando sul semplice rifiuto degli operai a desistere dal lavoro ravvisò l'estremo della violenza. E di fatti, se a costituire la violenza non è necessaria una *vis atrox*, tuttavia deve la medesima avere sempre il carattere di deiezione, giusta l'interdetto. Ora la deiezione dev'essere un atto od un fatto che, operando direttamente sulla persona

Digitized by Google

del possessore e incutendogli un timore presente ed immediato, gl'impedisca l'esercizio del possesso; e non può essere nè un semplice rifiuto, nè una semplice disobbedienza. Certo, anche il rifiuto, la disobbedienza e le millantazioni possono costituire violenza, ma quando sieno fatte per modo o accompagnate da tali circostanze da incutere giusto timore.

199. La Corte di Cassazione di Torino (1), conformemente ai principii avanti svolti, ritenne sempre in massima, che a costituire lo spoglio violento non occorra una resistenza per parte dello spogliato, bastando che la cosa gli sia stata tolta contro la sua volontà; e ultimamente, con sentenza 27 novembre 1874 (2) ricordando la sua costante giurisprudenza in ordine allo spoglio violento, osservò appunto, aver sempre mantenuto il concetto di non ravvisare necessario all'uopo il concorso di veri atti coercitivi o di resistenza, ai quali con grave rischio dell'ordine sociale sarebbe spinto il turbato, ove solo per questa resistenza gli fosse concesso il benefizio della reintegrazione.

La stessa Corte (3) ebbe in una fattispecie a statuire che usurpa i diritti della giustizia, fa atto di violenza e commette spoglio colui, il quale apre una porta, benchè sua propria, che era stata sbarrata dal vicino.

Se per le speciali circostanze può la decisione per avventura apparire giusta, non se ne possono ammettere in generale i principii; giacchè chi apre una sua porta, stata sbarrata dal vicino, non commette atto di violenza e di spoglio; ma esercita il suo diritto di proprietà, e non fa altro che liberare il suo fondo dai vincoli arbitrariamente da altri imposti.

Non può neanco dirsi che siasi fatto giustizia da se stesso uno, il quale non agì punto sulla cosa altrui, ma sibbene sulla cosa da esso posseduta. A chi trova la porta di sua abitazione

(1) *Raccolta di massime della Corte di Cassazione Subalpina*, pag. 50; *Tavola decennale di Giur.*, VIII spoglio, n° 2; *Giur. ital.*, vol. VII, 1, 528; *La Giur.*, 1870, pag. 253.

(2) *La Giur.*, 1875, pag. 97.

(3) *Sent.* 18 dicembre 1872; *La Giur.*, 1873, pag. 51, ove in apposita nota, oppugnandosi i principii adottati da questa Sentenza, si citano: *La leg. ult.*, § 2, *Dig.*, *Quod vi aut clam*, l'interpretazione data a questa legge da Cujaccio (*Observ.*, lib. 16, cap. 12). *La leg.*, 29, § 1, *Ad leg. aquis.*, e la ragione a cui è informato l'art. 582 del Cod. Civ.

Digitized by Google

sbarrata pel fatto occulto di un vicino, è evidentemente lecito di aprirla, e così di rimuovere gli ostacoli opposti dal vicino all'uscita.

Questi non ha neanco un proprio possesso, di cui possa essere spogliato, nè una cosa da ricuperare.

La Corte di Cassazione di Napoli parve voler adottare una giurisprudenza contraria ai principii generali avanti espressi, avendo con sentenza 8 marzo 1870 (1) deciso, esservi violenza ogni qualvolta la forza è fatta od usata contro la persona sia del possessore, sia di colui che lo rappresenta, tanto colle vie di fatto, quanto inspirando un timore, che costringa a ritirarsi dal possesso. Diversamente, diceva la Corte, tutte le azioni possessorie, nelle quali la violenza è alla cosa, si tramuterebbero in azione di reintegrazione. Per questa azione a vece non basta un semplice disturbo o spoglio del possesso *contra jus;* ma è necessaria una violenza fisica o morale contro la persona. E a sostegno di un siffatto giudicio osservò, che dalle disposizioni degli articoli 695 e 696 del Codice Civile (in concerto coi responsi della sapienza romana, e posto mente al senso filologico della parola *violenza* che suppone la resistenza del possessore spogliato) risultava, non poter qualificarsi per violenza uno spoglio, indipendentemente dalle violenze contro la persona; e che con diversa interpretazione si confonderebbero gli elementi della reintegranda con quelli della turbativa. — Ritenne però bastare a costituire una violenza la presenza ed assistenza al fatto di persona armata di fucile. — Uguale dottrina professò con sentenza 21 luglio 1874 (2).

Ma con altra posteriore sentenza del 12 dicembre 1874 (3) modificò i primi dettami, adottando la massima, che per l'ammessione dell'azione di reintegra non richiedonsi violenze contro la persona, ma che basta essersi compiuta la via di fatto *in re ipsa*. — E considerò a tale proposito, che l'avverbio *violentemente* non è circoscritto d'alcuna relazione personale, e può riferirsi ad ogni fatto illecito di spogliazione che offenda la si-

(1) *Giur. ital.*, vol. XXII, 1, 263.
(2) *Giur. ital.*, vol. XXVI, 1, 804.
(3) *Giur. ital.*, vol. XXVII, 168.

Digitized by Google

curezza e la protezione che ogni individuo si attende dall'impero delle leggi in un governo civile. E addusse a schiarimento li articoli 286 e 287 del Codice Penale, che puniscono con pena diversa la violenza contro la persona e quella sulle cose, riconoscendo esservi violenza in ambi i casi. La lettera e lo spirito dell'art. 695 del Codice Civile si oppongono pertanto a che si restringa l'esercizio della reintegrazione alla sola violenza personale, esprimendo la legge un concetto più lato, vale a dire, la protezione contro ogni attentato sull'altrui possesso, si compia questo con violenza contro la persona o con violenza sulla cosa, specialmente quando i fatti della violenza *in re ipsa* sono non solamente riprovati dalla morale, ma condannati dal Codice Penale.

E questi principii applicò la Corte di Napoli al caso, in cui un proprietario fece distrurre dai suoi operai un muro a secco del suo vicino, dividente i rispettivi poderi, e, invadendo una zona del costui terreno, ricostruì il muro all'estremità della stessa zona; e tutto ciò, non ostante le proteste degli affittuari.

200. Fu pure giudicato esservi spoglio nel caso della costruzione d'una chiusa all'imboccatura di un fosso; il cui effetto era quello di spogliare un terzo del possesso di far decorrere in quel fosso gli scoli provenienti dai fondi superiori e d'immettere le acque in altro apposito canale (1).

La semplice rimozione di un termine di confine si considerò non presentare i caratteri dello spoglio; giacchè se questa rimozione accenna alla volontà dell'autore di estendere la sua proprietà oltre i termini preesistenti e d'invadere parte di quella del vicino, non è però una occupazione od invasione per sè (2).

Si decise esservi spoglio violento, quando, senza minaccie o vie di fatto contro le persone, venga tacitamente eseguito da una forte mano d'uomini (3).

Il numero delle persone unite, il loro contegno, i discorsi possono bastare a costituire la violenza o coazione morale, potendo manifestarsi in tal guisa l'intenzione di superare ogni

(1) *Cassaz. di Milano,* 24 giugno 1863; *Giur. ital.*, vol. XV, 1, 641.
(2) *Cassaz. di Firenze,* 11 maggio 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 758.
(3) *Cassaz. di Torino,* 8 marzo 1867; *Giur. ital.*, vol. XIX, 1, 175. — *V.* pure vol. VII, 1, 528.

Digitized by Google

resistenza e di raggiungere ad ogni costo lo scopo di operare lo spoglio (1)

Si giudicò costituire spoglio violento l'atto di un usciere, che senza titolo esecutivo procedette ad atti di forzata espulsione del possessore da un suo fondo, coll'assistenza della forza pubblica. L'usciere non poteva elevarsi a magistrato; ed il suo atto vestì i caratteri di uno spoglio violento, commesso colla formola fattizia di una falsa legalità (2).

Fu pure considerato violento il possesso, preso di propria autorità da un Comune, con intimazione per mezzo di usciere, senza mandato di giudice e con minaccia di far uso della forza pubblica. Quest'ordine dell'autorità amministrativa venne parificato a quella violenza morale, che esclude assolutamente il consenso (3).

Non può, per contro, costituire uno spoglio violento il fatto degli agenti municipali, che nel legittimo esercizio delle loro funzioni fanno eseguire i regolamenti comunali contro i contravventori (4).

Le vie di fatto, mercè le quali un proprietario eseguisce sul proprio fondo opere per liberarsi da una servitù che non deve, o sopprime le opere che un terzo v'abbia fatto per arrogarsi un simile diritto, non si considerano come vero spoglio. — In tali casi il proprietario o possessore usa di un diritto inerente alla proprietà od al possesso; ed il vero spogliatore sarebbe a vece colui che cercasse d'impedire l'esercizio di questo diritto (5). Secondo un illustre autore potrebbe però l'esercizio di un tale diritto assumere i caratteri della violenza, ove si usasse la forza contro le persone, costituendo in tal caso l'atto violento un delitto, se non in senso penale, nell'ordine delle relazioni civili (6). Ma di ciò si tratterà al capo relativo alle cose, che formano oggetto della reintegrazione.

(1) *Cassaz. di Firenze,* 19 maggio 1869; *Giur. ital.*, vol. XXI, 1, 339. — *Vedi La Giur.*, 1873, pag. 399 e 460, e 1874, pag. 256.

(2) *Cassaz. di Napoli,* 18 luglio 1867; *Giur. ital.*, vol. XIX, 1, 502.

(3) *La Giur.*, 1873, pag. 101 e seg.

(4) *Cassaz. di Torino,* 6 luglio 1870; *Giur. ital.*, vol. XXII, 1, 612.

(5) MANTELLI, vol. II, pag. 484.

(6) SCIALOJA, *Az. poss.*, n° 65.

Digitized by Google

In tema di comunione di beni la Corte di Cassazione di Torino (1) ravvisò che, trattandosi di possesso comune a varii proprietari, non si ammette generalmente azione di reintegrazione di un comunista contro altro comunista. — Se uno di essi commette qualche novità atta a modificare il possesso comune e a renderselo esclusivo, non può dirsi che commetta uno spoglio l'altro comunista, il quale immediatamente o poco dopo distrugge o paralizza le nuove arbitrarie opere del primo; ed è quindi perfettamente giuridico che il tribunale, rigettando la domanda di reintegrazione proposta da un comunista contro l'altro, ordini la manutenzione di questo nel compossesso, se in riconvenzione aveva promossa l'azione di manutenzione.

Finchè dura la comunione di possesso, gli atti di uno dei compossessori si presumono fatti nell'interesse comune e non coll'animo di spogliare l'altro. Però, se assumono un deciso carattere di esclusività e sono incompatibili col compossesso degli altri, e non si può quindi attribuire all'autore di questi atti altro intendimento fuori quello di scacciare i compossessori dal possesso per crearne uno a se stesso, affatto esclusivo, vi sarebbe vero attentato alla comunione, e, rivestendo gli atti il carattere dello spoglio, potrebbero venire repressi colla reintegrazione.

§ III.

201. Lo Stato, la Provincia ed il Comune devono, come i privati, rispondere degli atti di spoglio arbitrariamente o per abuso di potere commessi. Ma, se rispetto ai beni patrimoniali sono soggetti alla legge comune, hanno una podestà loro propria ed indipendente, quando si tratta di provvedere agl'interessi generali e alla tutela delle cose pubbliche.

L'autorità amministrativa deve, per esempio, vigilare e assicurare la manutenzione delle strade nazionali, provinciali e comunali che, poste fuori di commercio e destinate all'uso pubblico,

(1) *Sentenze* 20 giugno 1862 e 8 marzo 1872; *La Giur.*, 1862, pag. 332, e 1872, pag. 289.

Digitized by Google

non sono suscettibili di possesso qualsiasi per parte dei privati; e può conseguentemente ordinare e far eseguire la distruzione di un'opera usurpatrice fatta su dette strade da un privato, senza punto incorrere nell'azione di reintegrazione.

La formazione di opere su cosa sottratta espressamente dalla legge al dominio privato per la sua pubblica destinazione costituisce una contravvenzione all'assoluto divieto di innovazioni su di essa, ed è quindi inetta a dar vita, anche solo momentaneamente, ad un possesso qualunque. Cessa affatto in simili contingenze la ragione, per cui fu introdotta l'azione di reintegrazione, e mal potrebbe farsene applicazione al caso, in cui l'autorità pubblica agisca contro chi occupa o danneggia la cosa d'uso pubblico, o altrimenti provveda a qualche urgente bisogno di pubblico servizio. La legge, in ispecie, del 20 marzo 1865, alleg. F, diverrebbe affatto illusoria e rimarrebbe lettera morta, ove fosse lecito all'usurpatore, dopo ripristinate le cose, di perpetuare la contesa all'ombra di una pretesa spogliazione a suo danno. In onta alla legge conseguirebbe esso il proprio intento.

Perciò non è ammessibile l'azione di spoglio contro il sindaco che, quale uffiziale governativo o amministrativo, faccia abbattere un aquedotto costrutto da un privato per divertire le acque d'un rivo pubblico, o distrurre opere formate su strada comunale (1).

Fu pure dichiarato non commettere uno spoglio, ma esercitare un ufficio del suo ministero il sindaco che, in seguito a richiesta dell'autorità militare, fa occupare locali appartenenti a privati o a pubblici stabilimenti, per alloggiarvi truppe in marcia od in accantonamento. Quando la legge per un determinato servizio permette l'occupazione estemporanea e temporaria della proprietà, non si possono invocare i rimedi possessorii a difesa del possesso. Può soltanto impugnarsi in petitorio la legalità

(1) *Cassaz. di Torino*, 26 luglio 1872; *La Giur.*, 1872, pag. 571. — *Cassaz. di Napoli*, 18 giugno 1874; *Giur. ital.*, vol. XXVI, 1, 518. — *Legge Amministrativa* 20 marzo 1865, all. A, articoli 103 e 104. — Detta *Legge sui Lavori pubblici*, articoli 55, 165, 319, ecc.

V. pure le altre varie *Sentenze* riferite nella *Giurisprudenza*, anno VI, pag. 122, 241, 405, 491, 508 e 597; anno VII, pag. 185, 397 e 350; vol. VIII, pag. 85, e così nella *Raccolta* degli anni 1869, 1870 e 1871.

Digitized by Google

dell'operato dell'autorità amministrativa che ordinò l'occupazione, e chiedersi all'uopo il risarcimento dei danni (1).

L'autorità giudiziaria non può pertanto, in via di reintegrazione, revocare un atto amministrativo e impedirne l'esecuzione. Il legislatore volle in certi casi elevare l'azione dell'autorità politica al di sopra dei diritti dei privati, salva l'azione ai danni avanti ai tribunali, ove nel giudizio di merito venga dimostrato che l'operato della detta autorità fu illegittimo (2).

Non può neanco qualificarsi spoglio violento la presa di possesso, per parte del demanio, di beni di una chiesa supposta soggetta alla soppressione od alla conversione dei proprii beni; giacchè, quand'anche non sia l'atto sorretto da titolo valevole, la presa di possesso non costituisce quella forza fisica o morale, a cui non è dato resistere, non avendo il demanio cacciato dai beni i rappresentanti della chiesa, ma esercitato un atto civile, a cui credeva aver diritto, a senso della legge (3).

§ IV.

202. Resta a parlare del principio, secondo cui è lecito di respingere la forza colla forza, ossia dell'assioma: *Quæ de facto fiunt, de facto tolluntur.*

Se l'aggressore resta impedito dall'effettuare la spogliazione, o se l'espulso riesce tosto con nuovi sforzi a respingere lo spogliatore, si considera questa subitanea scacciata dell'aggressore come un atto di legittima difesa. *Eum, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo; dummodo sciamus non solum permissum resistere ne dejiciatur, sed et si deiectus quis fuerit eum dejicere non ex intervallo, sed ex continenti.* — E di fatto *Qui possessionem vi eriptam in ipso congressu recuperat, in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus est* (4).

(1) *Cassaz. di Torino*, 13 dicembre 1871; *La Giur.*, 1872, pag. 43.
(2) *V.* n' 173, 174 e 269.
(3) *Cassaz. di Napoli*, 6 luglio 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 959.
(4) *Leg.* 3, § 9; *Leg.* 17, *Dig.*, *De vi et vi arm.*

Digitized by Google

Questo principio, già consacrato dal diritto romano, è adottato dalla moderna giurisprudenza, la quale accorda la facoltà di respingere la forza colla forza, restrettivamente ai casi di difesa e pel recupero della cosa al momento dello spoglio, con mezzi proporzionati all'offesa (1).

Se a vece si lascia trascorrere un certo spazio di tempo, cessa detta facoltà, *Defensio sapit vindictam*, e potrebbe a sua volta lo spogliato incontrare una grave responsabilità e vedere applicato a se stesso il principio d'ordine, che dettò l'azione di reintegrazione. — Fuori pertanto di detti casi la reintegrazione in possesso deve chiedersi all'autorità giudiziaria.

La Corte di Cassazione di Torino (2) decise, in ispecie, che colui, il quale trovandosi nel possesso di un diritto di passaggio viene impedito dal libero esercizio del medesimo, può chiedere giudizialmente la rimozione dell'impedimento; ma dove proceda esso stesso a vie di fatto violento, come sarebbe colla rottura o distruzione di siepe, per conseguire il suo intento, e sia stato indilatamente respinto, non può esercitare l'azione di reintegrazione, giacchè *Vi vim repellere licet.*

SEZIONE SECONDA

Dello spoglio in modo occulto.

---

203. Lo spoglio occulto sveglia l'idea del delitto, presentandosi coi caratteri della frandolenta oppressione; epperciò la legge equiparò la via di fatto occulto al fatto violento, come nelle convenzioni equiparò il dolo alla violenza (3).

I prammatici distinguono due sorta di violenza, l'una vera

(1) *Sentenze di Cassazione*, 26 febbraio e 26 aprile 1867, 20 e 23 febbraio, 21 marzo e 14 giugno 1870; *La Giur.*, vol. IV, pag. 353, vol. VII, pag. 254 e 475, e vol. IX, pag. 289; *Giur. ital.*, vol. XIX, 1, 288, e vol. XXII, 1, 195 e 361. — RICHERI, *Instit.*, § 1446.

(2) *Sent.* 23 febbraio 1870; *Giur. ital.*, XXII, 1, 195.

(3) Art. 1108 e 1115 del *Cod. Civ.*

Digitized by Google

e l'altra fittizia. La vera accade nello spoglio eseguito colla forza; ed è quella di cui si è parlato antecedentemente. La fittizia accade quando alcuno s'introduce nascostamente nei beni altrui, come in quelli di un assente, e li occupa.

Se alcuno adunque dolosamente s'impossessa della cosa altrui al momento non occupata, od in qualunque altro modo nasconde il suo fatto e spoglia fraudolentemente un altro di una cosa, è agli occhi della legge un usurpatore. Fosse anche il proprietario della cosa stessa, se occultando il suo fatto se ne impossessa con inganno, i mezzi adoperati manifestano l'opera di un invasore; epperciò può contro di esso proporsi l'azione di reintegrazione.

Secondo il diritto romano si diceva *clam facere*, chi senza una previa denunzia al possessore, di cui temeva o poteva ragionevolmente temere una volontà contraria, si impadroniva di soppiatto della cosa da altri posseduta, oppure faceva la denunzia quando sapeva di non poter più esserne impedito, od anche denunziava di voler compiere un fatto e ne eseguiva un altro, sempre quando, in sostanza, si operava lo spoglio con malizia ed inganno.

Ulpiano diceva che agiva clandestinamente *Qui aliter facit quam denuntiavit, vel qui decepto facit eo ad quem pertinuit non facere, vel consulto tum denuntiat adversario, quum eum scit non posse prohibere, vel tam sero denuntiat, ut abire prohibiturus, priusquam fiat, non possit* (1).

204. Elemento adunque dello spoglio clandestino è l'intenzione di nascondere al detentore il proprio fatto; cosicchè, se l'indole di questo fatto non porta con sè l'impronta della dissimulazione, non può qualificarsi per ispoglio clandestino. Uno, ad esempio, fa la denunzia esplicita di sua intenzione al possessore, ma per errore o causa indipendente dalla sua volontà la denunzia non perviene a chi era diretta; oppure la dirige a chi crede e non è possessore; in tali casi la presa di possesso non riveste il carattere di clandestinità e di conseguente occulto

(1) *Leg.* 3, §§ 7 e 8; *Leg.* 4; *Leg.* 5, § 3, e *Leg. ult.*, § *ult.*; *Dig.*, *Quod vi aut clam.*

Cassaz. di Napoli, 29 marzo 1873; *La Giur.*, 1873, pag. 399.

Digitized by Google

spoglio. Assume invece l'indole d'un puro atto di turbamento, che genera l'azione di manutenzione.

Questo elemento caratteristico dello spoglio, che consiste nella intenzione, risulta in ispecie dal seguente testo: *Aristo putat, eum quoque clam facere qui celandi animo habet eum, quem prohibiturum se intellexerit; et id existimat, aut existimare debet, se prohibiturum iri* (1).

V' ha pertanto clandestinità sempre quando uno, prevedendo che gli sarebbe contrastato l'esercizio del diritto a cui pretende, e temendo conseguentemente un ostacolo alla presa di possesso, coglie l'occasione di potervisi mettere furtivamente, ad insaputa di colui che si sarebbe opposto e ne lo avrebbe impedito (2). E fu quindi giudicato in ispecie esservi spoglio occulto nel caso, in cui siasi allontanato con astuzia dal luogo colui, in danno del quale si operò lo spoglio (3).

Però non ogni fatto compiutosi nella altrui ignoranza può dirsi clandestino, ma è d'uopo che siasi eseguito con ingannevole astuzia. Un atto di spoglio effettuatosi, per esempio, di pieno giorno, in modo pubblico, non può assumere il carattere di clandestinità, sebbene il possessore, dimorante altrove, ignorasse affatto ciò che avveniva nel suo fondo (4).

E divenne quindi assioma di giurisprudenza che, per giudicare se un possesso sia vizioso per clandestinità, devesi riguardare al modo, con cui in origine fu preso; e che non puossi mai dire che siasi incominciato a possedere clandestinamente, se *sciente, aut volente eo, ad quem res pertinet, aut aliqua ratione, bona fide possessionem nanciscitur;* e ciò quand'anche la causa, per cui si ebbe il possesso, sia giuridicamente inefficace, oppure venga a mancare (5).

205. Sulla denunzia che si faccia precedere allo spoglio, Borsari fa le seguenti osservazioni:

« I giureconsulti hanno studiato i casi nei quali la denunzia

(1) *Leg.* 3, § 7, *Dig., Quod vi aut clam; Leg.* 6, *Dig., De adquir., vel amitt. poss.*
(2) *Cassaz. di Torino,* 18 marzo 1867; *Giur. ital.,* vol. XIX, 1, 175.
(3) *Cassaz. di Napoli,* 29 marzo 1873; *La Giur.,* 1873, anno X, pag. 399.
(4) *Cassaz. di Napoli,* 8 marzo 1870; *Giur. ital.,* vol. XXII, 1, 263. — *Cassaz di Firenze,* 9 febbraio 1874; *Giornale delle Leggi,* anno V, pag. 151.
(5) *Cassaz. di Firenze,* 17 maggio 1875; *Giur. ital.,* vol. XXVII, 1, 770.

Digitized by Google

può salvarci dalla eccezione di clandestinità. Chi denuncia ad un possessore che sarà per occupare il suo fondo, specie di lettera minatoria, ma meno insidiosa delle consuete, manifesta l'animo suo dichiarando che nel tal giorno ed ora comparirà per eseguire il suo disegno *(leg. 5, § 1, Quod vi aut clam)*. Se tiene la promessa a modo di chi indice un duello, *et confestim opus fecerit, clam fecisse non intelligitur (leg. 22, § 5, Quod vi aut clam)*.

« Conviene andar cauti nel tirare le conseguenze di codesto principio. La denuncia, non recata ad effetto, rappresenta *una molestia di diritto* che dà luogo all'azione possessoria di manutenzione. Recata ad effetto contro la volontà del padrone, diventa violenza. Se il risultato non è altro che una turbazione del possesso, che però non mi è tolto, è quella l'azione di cui debbo valermi. Se sono spogliato, invoco la reintegrazione. Chi non vuol essere tacciato di clandestinità, non può sfuggire alla accusa di violenza, malgrado la sua denunzia dal proprietario non accettata, per quanto non vi abbia, forse per dispregio, data risposta (1). »

La Corte di Cassazione di Napoli (2) osservò che la clandestinità, la quale corrisponde al *clam* del diritto romano, ha luogo semprechè lo spoglio siasi sofferto in conseguenza di atti occulti ed ignoti allo spogliato; e che solo verrebbe meno questa clandestinità quando uno avesse fatta denuncia al possessore di voler occupare il costui fondo, e avesse quindi data esecuzione al proprio disegno; — e premesso poscia che la clandestinità è costituita da atti di natura tale da produrre lo spoglio senza che *in actu* se ne avvegga colui in danno del quale avvenga, nè altri, ritenne, non costituire spoglio clandestino il fatto di colui che allarga sull'altrui il proprio confine, collo scavo di un fosso di cinta, quand'anche compiuto all'insaputa del vicino.

V'ha pure spoglio occulto nel trasporto eseguito, ad insaputa del possessore, di piante da questo atterrate nel fondo da lui posseduto (3).

(1) Borsari, *Comm.*, art. 695-697, § 1480.
(2) *Sent.* 29 luglio 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 921.
(3) *Tavola decennale di Giur.*, VIII spoglio, n° 1; *Giur. ital.*, vol. VII, 1, 517.

Digitized by Google

Anche colui che ha l'esercizio della coltivazione di una miniera ha possesso sufficiente per intentare l'azione di spoglio, spettando il rimedio della reintegrazione a chiunque sia stato spogliato del possesso di una cosa, sebbene non siavi privazione totale del possesso (1).

Chi taglia o sbarbica clandestinamente alberi sul suolo altrui, è soggetto all'azione di spoglio; e il giudice deve ordinare la reintegrazione. A tale provvedimento restitutorio non è d'ostacolo la impossibilità del ripristinare nello stato primitivo le piante recise. — Questa impossibilità fa risolvere in indennità da accertarsi l'effetto della sentenza. — Oltre all'essere le piante per loro natura immobilizzate nel suolo, ed all'esservi spoglio di parte della cosa, v'ha lo spoglio del diritto di moderare a proprio grado la proprietà (2).

SEZIONE TERZA

Cessazione della violenza e della clandestinità.

---

206. L'art. 689 del Codice Civile stabilisce che gli atti violenti o clandestini non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo, ma che tuttavia questo possesso può cominciare quando la violenza o la clandestinità siano cessate (3).

Questa disposizione è una emanazione del principio generale, che il possesso non può equivalere ad un diritto se non equivale ad una prova di consenso; giacchè la violenza esclude ogni idea di adesione per la parte, a cui danno si è usata; nè il consenso si può presumere, finchè non sia cessata la causa, che ne esclude la libertà.

(1) *Cassaz. di Milano*, 16 maggio 1861, 26 luglio 1862, 24 giugno 1863; *Giur. ital.*, vol. XIII, 1, 585; vol. XIV, 1, 749; vol. XV, 1, 641.

(2) *Cassaz. di Torino*, 27 dicembre 1856; *Giur. ital.*, vol. VIII, 1, 956.

(3) Per uniformità di principii, il tempo richiesto per la prescrizione della azione di nullità o di rescissione di un contratto non comincia a decorrere, nel caso di violenza, se non dal giorno in cui è cessata; e nel caso d'errore o di dolo, dal giorno in cui furono scoperti. — *Cod. Civ.*, art. 1300.

Digitized by Google

La violenza adunque è incapace di produrre alcun diritto; ed il tempo, in cui dura, non serve nè per la prescrizione, nè per l'azione di manutenzione. E si presume sussistere fino a che non si diano prove positive di sua cessazione.

Non è però sempre facile a determinare il tempo, in cui abbia cessato.

Secondo la legge romana la violenza non cessa se non al momento, in cui la cosa sia tornata nel possesso di colui, che ne fu spogliato, o de' suoi eredi (1).

Vi sono degli autori che non riconoscono la cessazione della violenza, che nella consegna di un nuovo titolo all'usurpatore (2).

Ed altri al contrario riducono la violenza al solo momento, in cui per via di fatto l'usurpazione venne consumata. Ed in tal caso cesserebbe tosto dopo il fatto.

Il nostro Codice non determina il tempo della cessazione. Voler ridurla ai due primi casi ripugnerebbe alla generalità dei termini, con cui la legge è concepita; estenderla al punto di crederla effettuata subito dopo la consumazione del fatto ripugnerebbe alla ragione ed alla sana interpretazione della stessa legge.

Bisogna adunque dire, che la violenza non solo accompagna la via di fatto dell'usurpatore, ma esiste ancora dopo; ed esiste per tutto il tempo, in cui, per il giusto timore di essere esposto alle oppressioni dell'usurpatore, il possessore spogliato fu impedito dall'agire. E questo timore si presume durare finchè sussiste la causa che lo ha prodotto: *Quamdiu durat causa metus, semper præsumitur metus* (3).

Paolo espelle colla minaccia della vita Pietro dalla casa che abita, e vi si stabilisce egli stesso. Ecco la violenza. Temendo non sia Pietro per rivendicare il possesso della casa, dichiara di volervi restare ad ogni costo e minaccia d'alta vendetta lo spogliato, quando tenti di ripigliarsi la casa. Ecco una violenza che continua.

E vi sarebbe anche continuità di violenza senza questa positiva minaccia, quanto, cioè l'usurpatore fosse persona di mala fama,

(1) Dalloz, V, *Prescription*, n° 373.
(2) Delvincourt, tom. 6, pag. 136.
(3) Decius, cap. 219.

Digitized by Google

usa ad abusare di sua forza e ad abbandonarsi alle violenze, quando incontri opposizioni alla sua volontà, al suo interesse.

Del resto, quantunque sia vietato di farsi giustizia di propria mano, può spesso darsi, che uno si serva della violenza per mettersi nel possesso di una cosa sua da altri ingiustamente tenuta; e che quegli, che ne fu spossessato, potendo in molte occasioni riprendersi la cosa, abbia tenuto un tale contegno da far credere una ricognizione per sua parte del diritto dell'avversario. E ciò può avvenire in più maniere, come, per esempio, se essendo l'usurpatore assente lasciò passare quest'occasione per ritogliersi la cosa; oppure avesse costrutto un muro, piantata una siepe, o scavata una fossa di separazione tra li beni che egli tiene, e quelli, da cui fu spossessato. E così pure, se nel raccolto o nei lavori di coltivazione rispetti il campo attiguo, del quale fu spogliato; od abbia riconosciuto in giudicio, o dichiarato anche stragiudicialmente a terzi il diritto dello spogliatore sulla cosa.

207. Come la violenza, così pure la clandestinità non può servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo; — ma tuttavia può questo possesso avere incominciamento, quando venga a cessare la clandestinità, come già osservossi.

E di questo vizio di clandestinità si spoglia il possesso diventando pubblico, quando cioè incomincia a palesarsi di natura tale da essere da tutti conosciuto per la sua evidenza, e così anche dallo spogliato, il quale, non contraddicendovi, si presume che vi acconsenta.

E basterebbe pure che lo spogliato avesse personale conoscenza dell'atto clandestino e della susseguita non palese detenzione, come si è già osservato nella disamina del possesso pubblico.

La cognizione nello spogliato della perdita della cosa in alcuni casi si presume eziandio, specialmente se si tratta di cosa di non lieve importanza.

Uno occupa la casa altrui, in assenza del proprietario; e non è presumibile che questi tardi a conoscere di avere un intruso nella sua casa.

Spetta perciò anche al giudice di valutare le circostanze che possono determinare questa presunzione oppure escluderla.

Digitized by Google

CAPO TERZO

Cose soggette all'azione di reintegrazione.

---

§ I.

208. Nel diritto romano l'interdetto *Unde vi* era limitato ai beni immobili, altre azioni competendo per rapporto ai mobili (1). Ma nel progressivo svolgimento della giurisprudenza veniva poscia esteso ai mobili, per essersi riconosciuto in pratica l'insufficienza delle altre azioni a garantire il violato possesso. E, stando a Savigny e ad alcuni altri, questa estensione dell'interdetto ai mobili avrebbe anche precorso al diritto canonico (2).

All'antico diritto si recò eziandio una modificazione a risguardo delle cose incorporali; e a senso pure di Savigny, prima ancora delle disposizioni canoniche, che compresero specificamente nella reintegranda le cose suscettive del solo *quasi possesso* (3). Le Piemontesi Regie Costituzioni del 1770, seguendo i dettati della precedente giurisprudenza, stabilivano alla loro volta, doversi reintegrare nel suo primiero stato quegli, che fosse stato spogliato del suo possesso o *quasi*, estendendo per tale modo la reintegrazione al possesso dei diritti incorporali (4).

Il Codice Albertino, concedendo la reintegrazione a chiunque fosse stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso fosse, di *una cosa da lui tenuta*, fece nascere

(1) Pei mobili vi erano le azioni *furti*, *vi bonorum raptorum* ed anche *ad exhibendum; Leg.* 1, *Dig., De vi; Leg.* 32, *Dig., De servit. præd. urban.; Leg.* 4, § 27, *De usurpat.* (*V.* n° 15).

(2) *Tratt. del poss.*, § 40; Bartolo, susseguito da Menocchio; *Recup. possess. remed.*, 1, n° 81.

(3) Savigny, *Cit. loc.*, § 46; Can. 3 e 4, caus. 3, q. 1, cap. 18, *De restit. spol.*

(4) Lib. III, tit. 23, § 22.

Digitized by Google

il dubbio se comprendesse le cose mobili e le cose incorporali; e varie ed opposte furono le opinioni e le sentenze circa al concetto ed alla interpretazione in tale parte dell'art. 446.

In ordine ai mobili si sostenne da una parte, essere essi naturalmente e legalmente compresi nella parola *cosa*. — Ma si oppose per altra parte, non potersi proporre l'azione di reintegrazione riguardo ai mobili, il cui possesso produce, per disposizione della legge, a favore dei terzi l'effetto stesso del titolo. Come distinguere detta azione da quella di rivendicazione, se la legge confonde in tal caso il possesso col dominio? A tale obbiezione si rispondeva, essere essa fondata sopra un equivoco. Il possesso è certamente titolo in fatto di mobili, ma non rispetto a colui, al quale fu derubata la cosa ed al derubatore, sibbene a favore del terzo che l'abbia acquistata. Se fosse altrimente, chi perdè un immobile o ne fu spogliato, mai potrebbe rivendicarlo; giacchè anche in petitorio si potrebbe opporre che il possesso è titolo. Per escludere i mobili dalla reintegrazione si obbiettò eziandio, doversi nel petitorio impugnare il titolo e per analogia il possesso, e dimostrarne l'insufficienza, soggetto non discutibile in via possessoria, ossia non suscettivo di due discussioni e risoluzioni, in giudizio possessorio e poscia in petitorio. Ma anche quivi si contrappose l'esistenza dell'equivoco; giacchè, in via di reintegrazione, il giudice non fa che condannare l'autore dello spoglio alla restituzione dell'oggetto tolto, ritenendo il possesso in una delle parti e l'atto illegittimo di spoglio nell'altra. In questo giudizio il possesso dello spogliatore, che non è di un terzo, non è titolo, non viene quanto meno considerato come titolo. Se, ciò non ostante, esso può dimostrare che la cosa ritolta per forza era sua, potrà rivendicarla in via petitoria; ma non esimersi alla restituzione, a cui il giudice lo obbliga in via possessoria, per offese alle forme legittime nel prendersela (1).

209. Rispetto ai diritti reali, grave era pure la discrepanza delle opinioni. Gli uni sostenevano che l'articolo 446 accordava la reintegrazione per le sole cose tenute dallo spogliato e non pei diritti reali, traendo argomento dal confronto del suddetto

(1) SCIALOJA, *Az. poss.*, pag. 637.

Digitized by Google

articolo coll'art. 445, e dall'antico diritto che escludeva espressamente dal beneficio della reintegranda le servitù (1). È vero, essi dicevano, che i prammatici inventarono poscia il quasi possesso e le Costituzioni estesero ad esso la reintegranda; ma il Codice Albertino, stabiliendo che alla reintegrazione richiedesi lo spoglio di una cosa materialmente *tenuta*, escluse le servitù, le quali sono puri *diritti* e non *cose*, diritti che possono *quasi possedersi*, non possedersi, non potendo essere oggetto di occupazione e di detenzione.

Secondo l'art. 682 del Codice Albertino, essi aggiunsero, le sole *cose* si acquistano coll'occupazione, mentre, rispetto alle servitù ossia ai diritti reali, non v'ha altro mezzo di acquisto che colla prescrizione corredata delle condizioni dal Codice determinate. — Per lo stesso principio, che si ammette il possesso annale pei *diritti reali prescrittibili*, devesi negare la reintegrazione per *cosa non suscettiva di detenzione*. — Ed invero, l'occupazione delle cose costituisce ognora un principio di possesso *manutenibile;* ma nelle servitù il possesso richiede, per essere manutenibile, altre condizioni, le quali non sono nei limiti del puro fatto; e per altra parte le vie di fatto, tendenti a liberarsi da una servitù illegale, sono considerate legittime e tutelate dal favore della libertà, sino a che il reclamante non dimostra che il possesso, di cui lamenta la spogliazione, riunisce i caratteri della manutenibilità. — Perciò nelle servitù la reintegrazione non può aver luogo, non potendo essere protetta, se destituita di un legittimo possesso annale. — E a questo principio, dettato dalla ragione naturale, s'informò avvedutamente il legislatore, comprendendo i diritti reali nell'art. 445, e parlando di sole *cose tenute* nell'art. 446, senza più far cenno di diritto. Questo antagonismo fra due così vicini articoli è della massima significazione (2).

Ma questa opinione era da altri combattuta, come quella che non solo non era conforme, ma era contraria all'art. 446 (3).

(1) *Leg.* 4, § 27, *Dig., De usurp. et usucap.; Leg.* 14, *De servit.;* POTHIER, *Pand.*, lib. XLI, tit. III, n° 23 in not.

(2) Questa tesi venne specialmente propugnata da GIOVANETTI, dotto giureconsulto, in uno scritto intitolato: *Possesso annale non manutenibile.*

(3) SCIALOJA, *Az. poss.*, pag. 639 e seg.

Digitized by Google

Si ricordava che nel diritto romano l'interdetto *Unde vi* era ammesso pel diritto di superficie e per alcune servitù sopra gl'immobili *(Leg. 1, § 5; leg. 3, §§ 13, 14, 16; Dig., De vi; leg. 60, pr. De usufr.; Dig., de donat.)*; e che, se erano esclusi dal beneficio di questo interdetto le servitù prediali, varii altri interdetti generali o particolari vi provvedevano (Savigny, *Tr. De la possess.*, § 46).

E qualunque poi fosse il concetto del diritto romano, era certo che la giurisprudenza canonica vigente presso di noi ammetteva la reintegrazione pei *diritti* come per le cose materiali; e che, a termini dell'art. 2363 del Codice Civile Albertino, era pure evidente, essere oggetto di possesso tanto le cose corporali, come le incorporali.

L'espressione letterale dell'art. 446, *cosa da lui tenuta*, era generale e comprendeva così i diritti, come le cose materiali. — Dal confronto di questo articolo coll'art. 445 si comprendeva come l'uno specificasse le cose suscettive di manutenzione, e l'altro non ne escludesse alcuna. E non si saprebbe apprendere, essi dicevano, la ragione della esclusione delle cose incorporali dal benefizio della reintegrazione, quando anzi il legislatore tutte le aveva comprese nella generica divisione di beni mobili ed immobili; nè conoscere perchè il Codice Civile dovesse porsi in contraddizione col Codice criminale, colle esplicite disposizioni, cioè, degli articoli 263 e 264 (1).

210. La giurisprudenza risolveva infine la questione in questo ultimo senso; e la Corte di Cassazione di Torino ne espresse, come infra, le ragioni con sentenza 19 luglio 1855 (2) in causa Decardenas c° Visconti.

« Dalle combinate disposizioni degli articoli 445, 446 e 447 del Codice Civile, chiara emerge la distinzione tra le azioni possessorie ordinarie di manutenzione e l'azione possessoria speciale di reintegrazione, fondate le prime sovra atti turbativi e nascente l'altra da spoglio violento o clandestino del possesso; alle prime si riferisce l'art. 445 ed alla seconda sono applicabili gli articoli 446 e 447;

(1) Art. del *Cod. Pen.*, 1839.
(2) *Giur. ital.*, vol. 1, 656.

Digitized by Google

« Tre sono gli estremi richiesti dall'art. 446 per fare luogo all'azione di reintegrazione, cioè il possesso, qualunque esso sia, di una cosa, lo spoglio violento o clandestino, e la domanda di reintegrazione fatta entro l'anno dal sofferto spoglio; .

« La domanda del conte Decardenas, proposta nel mese di dicembre 1852 dinanzi al giudice del Mandamento di Sartirana, tendeva, in sostanza, a che venisse egli ripristinato nel possesso di un diritto di servitù d'acquedotto, al quale effetto il detto conte Decardenas offrivasi di provare: Che in quell'anno, ed anche negli anni anteriori, trovavasi in attualità del possesso del fosso d'acque sorgive, esistente in fondo proprio dell'avvocato Visconti e tributario di dette acque al canale o acquedotto dello stesso Decardenas, nel qual canale si raccoglievano tutte le acque sorgive e colaticcie del territorio di Rume, proprie di detto Decardenas, e che di tale possesso egli era stato spogliato per avere il Visconti, a di lui insaputa, otturato il detto fosso nell'in allora precorso mese di novembre; e faceva quindi instanza acciocchè, previe sommarie informazioni sui fatti dedotti, fosse egli Decardenas reintegrato nel possesso di detto fosso, e si dichiarasse perciò tenuto il Visconti alla pronta riduzione del fosso medesimo nel pristino stato; e in così fatta domanda non si può non riconoscere una vera azione di reintegrazione, perchè formata con tutte le condizioni volute dall'art. 446.

« Invano si viene allegando, nella sentenza denunziata e nel controricorso del Visconti, che nella specie di possesso, pel quale è ammessa la reintegrazione, non deve andar disgiunta la materiale ritenzione della cosa, che abbia potuto far oggetto di spoglio, e che non avendo il conte Decardenas altro diritto, che quello di servitù, di derivare, cioè, le proprie acque per mezzo d'un fosso situato in fondo altrui, rimaneva perciò esclusa la materiale ritenzione della cosa per potere dar luogo all'azione di spoglio; imperocchè si è già osservato che l'articolo 446 del Codice Civile stabilisce, per principale estremo dell'azione di reintegrazione, il possesso in genere di *una cosa*, e non limitativamente la ritenzione di una cosa; ora il vocabolo di *cosa*, preso nel linguaggio giuridico, comprendendo, siccome ne conviene lo stesso contro-ricorrente, tanto gli oggetti materiali o

Digitized by Google

corporali, quanto gl'incorporali ossia i diritti *(Leg. 23, De verb. signif.)* ne segue che, a mente del detto art. 446, l'azione di reintegrazione va estesa anche agli oggetti incorporali, ossia ai diritti, e che perciò colui, che viene spogliato con violenza, o vie di fatto, del possesso di un diritto di servitù, della specie di quella di cui si tratta, può valersi di quel rimedio possessorio onde esservi ristabilito.

« Non regge neppure l'argomento, che trar si vorrebbe dal detto art. 446, e segnatamente dalle espressioni — *di una cosa da lui tenuta* — che ivi si leggono; non essere cioè improbabile che il legislatore non abbia voluto ammettere la reintegrazione contro chi ha fatto atti impeditivi di un godimento, che, in fatto di servitù, è sovente dubbio se rivesta il carattere di possesso; avvegnacchè per l'esercizio dell'azione di reintegrazione basta qualunque possesso, fosse anche vizioso e di un solo giorno; e ciò è tanto vero che nel giudizio di reintegrazione la sentenza non ha per risultato, che di far cessare l'effetto della violenza o della via di fatto, e di attribuire al possessore un possesso momentaneo e provvisorio, che può essere rivocato nel giudizio possessorio ordinario, ossia di manutenzione.

« D'altronde non è presumibile che il patrio legislatore abbia voluto denegare l'azione di reintegrazione per lo spoglio del possesso d'oggetti incorporali, ossia di diritti, e in particolare di diritti di servitù, dopo che tale azione fu costantemente ammessa dalla patria giurisprudenza; azione che ha il fondamento nei principii dell'ordine sociale e della pace pubblica, che nessuno, cioè, possa farsi giustizia da se stesso, e che colui, che è stato spossessato per violenza o vie di fatto, debba innanzi tutto rientrare nel suo possesso: *Spoliatus ante omnia restituendus*.

§ II.

211. La questione sul punto se le cose mobili possano formare oggetto dell'azione di reintegrazione non ha più potuto riprodursi sotto il Codice Civile italiano, a fronte dell'art. 895, che specifica-

Digitized by Google

mente le comprende. Ma risorse il dubbio e si rinnovarono le già accennate disputazioni, per rapporto ai diritti reali, sul punto, cioè, se si dovessero o non intendersi compresi nella reintegrazione.

L'opinione affermativa si fonda sul motivo, che l'art. 685 stabilisce, essere il possesso la detenzione di una cosa od il godimento di un diritto, e comprende in tal guisa tanto il materiale possesso, *possessio corporis*, quanto il quasi possesso, *possessio juris*, e così anche il possesso di un diritto incorporeo, come quello di una servitù. Detto articolo, accordando l'azione in reintegrazione allo spogliato di una cosa mobile od immobile, comprese necessariamente in questo suo generico concetto i diritti reali, sia per la indistinta locuzione della legge, sia perchè questa normalmente comprende di regola anche i diritti, a mente della *legge 23*, *Dig.*, *De verb. signif.*, secondo la quale: *Rei appellatione et causæ et jura continentur*; e sia infine a fronte degli articoli 406 e 415 del Codice Civile. Se nell'art. 694 di *cosa* non è fatta parola, e parlasi a vece soltanto di un *immobile* o di un *diritto reale* o di una *universalità di mobili*, fu perchè il legislatore ebbe in mira di stabilire, come chiaramente stabilì per via di queste specificazioni, che manutenzione in possesso non si voleva accordare a riguardo di una singola cosa mobile, ma unicamente all'ente collettivo giuridico della universalità dei mobili, mentre invece volle, coll'art. 695, attribuire in tutti i casi allo spogliato l'azione di spoglio, per causa della sociale esigenza, secondo cui *spoliatus ante omnia restituendus*.

Perciò il rimedio della reintegrazione, introdotto a repressione delle private violenze, non compete soltanto a coloro chè vengono prepotentemente espulsi con opere di fatto dalla detenzione di un oggetto materiale, ma a chiunque sia stato violentemente o clandestinamente spogliato del possesso di una cosa da esso tenuta, e così anche di un diritto reale. — E questa opinione è confortata da molteplici sentenze. Venne anzi in una di esse deciso che, se la servitù discontinua non è generalmente, per se stessa suscettiva dell'azione di manutenzione, può esserlo della reintegrazione, sia che si consideri la lettera e sia che si

Digitized by Google

indaghi lo spirito della legge (1). Spogliato deve sempre, in tutti i casi, intendersi colui che possiede e che nell'atto, in cui s'accinge ad esercitare il possesso, viene violentemente impedito o respinto, bastando a costituire la deiezione un atto, che operando direttamente sulla persona del possessore, od incutendogli un timore presente ed immediato, gl'impedisca l'esercizio del suo possesso (2).

212. L'opinione negativa, a vece, posa sulle seguenti considerazioni, corroborate da sentenza 29 novembre 1871 della Corte di Cassazione di Torino (3).

L'art. 685 del Codice Civile, parlando della detenzione di *una cosa* o del godimento d'un diritto, esclude, con questa distinzione, che sotto la generica denominazione di *cosa* si comprenda anche il diritto speciale sulla cosa stessa; e il concetto della legge si fa più palese dal confronto dei successivi articoli 694 e 695, i quali provvedono ai casi di turbazione e di spoglio. — E invero, il primo di detti articoli concede la manutenzione nel caso di turbamento del possesso legittimo d'un immobile, di un diritto reale, o di una universalità di mobili, mentre l'altro accorda la reintegrazione nel caso soltanto di spoglio del possesso, qualunque siasi, d'una cosa mobile o immobile, senza far più parola di diritto reale su di esso. — E la ragione di tale diversità sta in ciò, che la detenzione delle cose è materiale, e la privazione del loro possesso

(1) *Cassaz. di Firenze*, 27 giugno 1870 e 5 luglio 1875; *Giur. ital.*, vol. XXII, 1, 577, e vol. XXVII, 1, 841. — *Cassaz. di Napoli*, 30 giugno 1866; *Annali di Giur. ital.*, vol. II, par. I, sez. I, pag. 229; 18 marzo 1871 e 20 gennaio 1874; *Gazzetta dei Tribun. di Napoli*, anno IX, pag. 128; *La Giur.*, anno XI, 1874, pag. 351. — *Cassaz. di Torino*, 31 marzo 1853, 14 gennaio 1857 e 15 marzo 1859. — *Cassaz. di Milano*, 16 maggio 1861; *Giur. ital.*, vol. V, 1, 859; vol. IX, 1, 80; vol. XI, 1, 283; vol. XIII, 1, 585.

V. pure *Diar. for.*, 1856, pag. 81; *Raccolta di massime della Corte di Cassaz. Subalpina*, pag. 50; *Tavola decennale di Giur.*, V.° spoglio, *possessorio e petitorio*, n° 30.

V. anche *Giur. ital.*, vol. VII, 1, 517 e 528, e vol. VIII, 1, 956; *Annali di Giur. ital.*, vol. IV, 1, 154, e vol. V, 1, 123; *Sentenza della Cassaz. di Napoli*, 22 dicembre 1874; *Giornale delle Leggi*, anno VI, pag. 126.

(2) *Cassaz. di Firenze*, 17 novembre 1874; *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 841. — *V.* anche *Sentenza della Cassaz. francese*, 27 marzo 1866; *Journ. du Pal.*, 1866, pag. 548, e 1867, pag. 169.

(3) *La Giur.*, 1872, anno IX, pag. 49 e 305; *Giornale delle Leggi*, anno III, pag. 400.

Digitized by Google

costituisce una violenza contro il detentore, che devesi immediatamente reprimere. — Invece il possesso di un semplice diritto reale non è che una quasi detenzione, la quale si esplica nella ragione che ha colui, al quale compete, di costringere il padrone della cosa a dare, a fare o non fare, a soffrire od a non vietare l'uso del diritto medesimo. In questo caso il possesso della cosa rimane presso il padrone, il quale, impediendone l'uso al pretendente il diritto, non commette un attentato violento, uno spoglio, ma sottrae semplicemente la cosa all'esecuzione dell'obbligazione, cui questa era soggetta. — Il concetto della detenzione, considerata nel solo momento attuale, è affatto inapplicabile al semplice esercizio di un diritto, ad esempio, di una servitù di passaggio, come quello che in questa sua attualità non ha significato e valore. — Ieri, assente il proprietario, un terzo passò sul costui fondo; oggi il proprietario, presente, si oppone: egli non commette uno spoglio, difende la detenzione sua, alla quale, senza commettere uno spoglio, non può il terzo attentare, entrando per forza, solo perchè ieri, assente o permettente il detentore, vi era entrato.

Se il terzo, a vece, si accinge a provare la legittimità e la durata dell'esercizio, allora si cambia tema; non si tratta più di detenzione considerata nel solo attuale momento, ma di un possesso civile e di una conseguente presunzione legale di un diritto.

Trattandosi perciò di servitù, senza detenzione materiale di *cosa* o di *opera permanente*, o nulla si impetra, o si ottiene manutenzione legale in possesso; non mai reintegrazione isolata, senza che sia pendente nè petitorio, nè possessorio annale; giudizio in cui potrebbe in via d'incidente e d'urgenza ordinarsi la provvisoria reintegrazione.

Pescatore nel dotto suo libro: *Filosofia e dottrine giuridiche* (1) appoggia detta opinione colla sua autorità. — E dopo d'aver (tra gli altri argomenti) premesso che detenzione e persona del detentore sono giuridicamente legate, e che la servitù passiva è nella sostanza un'obbligazione imposta alla persona del possessore attuale e dei successori nella detenzione del fondo, osservò

(1) Pag. 390 e seg.

Digitized by Google

che, nel caso di passaggio altre volte permesso e poi diniegato, giustamente si assimila a un debitore di una prestazione perpetua il detentore assoggettato alla servitù, essendo esso, in forza della servitù, debitore di una permissione perpetua. — Nè certamente il fatto di avere già conseguito le prestazioni passate costituisce nella persona dell'avente diritto una detenzione materiale o naturale delle prestazioni future. Tuttavia, prosegue, correndo qualche differenza tra le obbligazioni positive *(dare, facere)* e le negative *(pati, non facere, non vetare)*, si può domandare se, di fronte alla detenzione di una cosa corporale, non sarebbe giusto e conveniente che la giurisprudenza o la legge introducessero la *quasi detenzione dei diritti reali* nel senso di concedere a guisa della detenzione materiale la reintegrazione immediata, e senza discussione, a chi, dopo aver usato per qualche tempo di un diritto di servitù pubblicamente o pacificamente, viene un bel giorno impedito di entrare e d'usare della servitù dal detentore del fondo serviente. Ma ogni assimilazione è impossibile: la detenzione corporale ha un valore giuridico, anche considerata nel *solo momento attuale;* ed è per questo che si attribuisce il diritto alla immediata reintegrazione. All'incontro, l'esercizio di un passaggio, od altro simile fatto transeunte, considerato nel solo momento attuale, non ha significato o valore di sorta alcuna.

« La detenzione, in sostanza, è un elemento di presunzione, se continuata; se considerata *nel solo momento attuale*, essa opera unicamente come tale, non come presunzione; ma come tale, escluso l'elemento presuntivo della durata, non può raffigurarsi che nella *detenzione materiale o naturale* della cosa tenuta da noi, non *nell'esercizio di un diritto* sulle cose tenute da altri.

« Leggi e giurisprudenza concordano. Dapprima le leggi nostre così dispongono: *Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto* (art. 685). Se è godimento continuato da oltre un anno, e così elemento di presunzione, attribuisce azione ordinaria non solo per cosa immobile da noi detenuta, ma per l'esercizio nostro di un diritto sopra una cosa tenuta da altri; se è nuda detenzione, cioè possesso istantaneo di cosa

Digitized by Google

da noi tenuta, non esercizio istantaneo di un diritto sopra cosa *tenuta da altri*, non dà solamente azione possessoria annale, ma reclama reintegrazione immediata, salva ogni altra discussione, in caso di attentato violento o clandestino. Al cospetto di tali antitesi tra immobile e diritto reale, tra cosa e diritto sulla cosa, tra possesso legittimo e continuato della cosa stessa o del diritto speciale sulla cosa, e il possesso qualunque sia della cosa stessa, non del diritto, non sarebbe ella una vera stranezza l'affermare che possesso della cosa non del diritto significa possesso della cosa insieme e del diritto, sotto pretesto che il vocabolo *cosa*, largamente inteso, comprende anche i diritti? Respingiamo una interpretazione così violenta: nel testo della legge, conforme alla ragione, l'azione possessoria ordinaria risponde al possesso legittimo della cosa ed anche del diritto: la reintegrazione risponde al possesso, qualunque esso sia, ma della cosa sola.

« Lo spoglio moderno è la *deiectio* degli antichi Romani; alla reintegrazione in caso di spoglio risponde in diritto romano l'*interdictum unde vi*: le azioni possessorie ordinarie per possesso di diritti reali sono rappresentate in quell'antica legislazione dall'interdetto *De itinere actuque privato* e da altri consimili proposti dal pretore a tutela del quasi possesso di diritti di servitù. — Ebbene, l'impedimento che il detentore del fondo opponesse, anche colla forza, alla continuazione di un diritto di passaggio, era formalmente dichiarato in diritto romano che non costituiva uno spoglio, una *deiectio*, che giuridicamente desse causa all'*interdictum unde vi*. »

Finisce l'illustre scrittore con accennare alla uguale dottrina della giurisprudenza francese riferita da Dalloz; ed osserva che, se Belime mostrò di credere applicabile generalmente a tutte le servitù la reintegrazione istantanea per causa di spoglio, si vede però, dai ragionamenti e dai casi dal medesimo proposti, che si tratta unicamente di servitù continue, accompagnate da una detenzione materiale o naturale di una cosa od opera visibile e permanente, quali sono un edifizio appoggiato al muro altrui, *jure servitutis*, un *proiectum*, un'opera manufatta nello altrui fondo per dedurne le acque; nei quali casi si può certo,

Digitized by Google

per distruzione od alterazione di ciò che esiste, verificare una vera *deiectio*, spoglio violento o clandestino. — Conclude quindi che al Belime, più che una falsa dottrina o giudizio erroneo, si ha da imputare una semplice incoerenza di raziocinio.

213. Il Borsari, erudito commentatore del Codice Civile, osserva, per contro, alla sua volta quanto infra (1):

« L'art. 695 non parla di diritti reali, e tuttavia sono evidentemente compresi nella sua disposizione. In due categorie si dividono le cose che formano la materia delle relazioni giuridiche; sono *beni mobili* o *immobili* (art. 406). I diritti reali immobiliari si trovano designati dall'art. 415. — È poi espresso nell'art. 685 che il possesso consiste ben anche *nel godimento di un diritto*. È un argomento che non ha replica, poichè, in quanto i diritti reali si posseggono, niuno potrà strapparli impunemente al nostro godimento. Leggesi inoltre nell'art. 695 — *qualunque sia il possesso* — chè ampiamente risponde a qualsivoglia obbiezione potesse sorgere si *dalla natura del possesso*, con cui una cosa o diritto si ritiene, che dalla causa e dalla ragione del possesso medesimo. »

« Ho detto *in quanto i diritti reali si posseggono*, poichè ce ne sono non ancora venuti nel potere fisico dell'uomo, siccome i diritti d'ipoteca e le azioni immobiliari, che sono mezzi giuridici per colpire in futuro beni immobili e hanno intanto una vita ideale. Il *godimento dei diritti reali* rappresenta un possesso *attuale*, che sebbene non comprenda tutta la proprietà, ma, per natura sua, solo una parte di essa, ci può essere tolto in tutto o in parte; ed essere suscettivo di manutenzione o di reintegrazione. Il possesso della servitù d'acquedotto viene *turbato* se si oppone qualche ostacolo al suo completo esercizio; ma ne siamo *spogliati* se l'edifizio derivatore viene occupato e ogni uso dell'acqua ci è impedito da tale occupazione. — La formola — *qualunque sia il possesso* — contiene ogni causa, non giuridica nè legittima, della detenzione. Notevole esempio della prima specie è la *servitù discontinua*. Si è mostrato che la servitù discontinua non è capace di sostenere per sè l'azione possessoria di manutenzione; ma se ne soffriamo lo spoglio,

(1) *Comm.* al *Cod. Civ.*, art. 695-697, § 1480, D.

Digitized by Google

dobbiamo esserne reintegrati, poco importa se quel modo di godimento derivi da tolleranza del proprietario. Se si fosse con un muro sbarrata la vìa e impedito il passaggio, lo spoglio sarebbe consumato ».

214. Se in mezzo a queste diverse ed autorevoli opinioni è lecito esprimere il mio povero pensiero, non esito a dire, sembrarmi, che l'interpretazione data da Borsari all'art. 695, sorretta anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza riferita alli N^i 209, 210 e 211, risponda adequatamente alla natura della istituzione, al concetto e allo scopo della legge. Giova sperare del resto che siffatta controversia sopra un testo positivo di legge non tardi a ricevere il suo definitivo scioglimento da concordi interpretazioni e dettati delle Corti supreme.

E passando ad altra questione, ossia al principio già svolto in ordine alla manutenzione (1), secondo cui è ammessa in alcuni casi l'azione possessoria a tutela del possesso di cose imprescrittibili, osserviamo, che questo principio trova, a maggior ragione ancora, la piena applicazione nell'azione di reintegrazione, avuto riguardo alla speciale sua indole e fine.

Difatti a fondamento di questa azione basta un possesso qualsiasi, poco importando che esso sia anche vizioso od abusivo. Perciò le cose che non sono prescrittibili, e il cui possesso può tuttavia considerarsi efficace in un giudizio di manutenzione, possono tanto più formare il soggetto della reintegrazione; essendo esse suscettive di detenzione, ciò basta ad autorizzare l'azione di spoglio.

Non si indaga anzi nel giudizio di reintegrazione la qualità della cosa, del cui possesso sia stato spogliato il detentore, se pur non si tratta di cosa d'uso pubblico, per la stessa ragione che non si investiga la qualità del possesso; ma solo si ricerca se venne realmente commesso lo spoglio in modo violento od occulto, come già si osservò precedentemente (2).

(1) N° 80.
(2) N° 192 in fin.

Digitized by Google

CAPO QUARTO

Termine utile all'esercizio dell'azione di reintegrazione.

---

215. La legge assegna il termine d'un anno dal sofferto spoglio per l'esercizio dell'azione di reintegrazione, come lo assegna per l'azione di manutenzione dal giorno della molestia al possesso. Malgrado la diversità di carattere, di cause e di effetti, che divide queste due azioni, una ed identica è evidentemente la ragione della uguale determinazione del tempo utile al loro esperimento.

La disposizione, che fa decorrere detto termine dal sofferto spoglio, non vuolsi però interpretare letteralmente, ma, secondo il razionale suo concetto, quale si desume sia dalla causa e dall'oggetto della istituzione e sia dalle norme generali di diritto e dal raffronto con altre disposizioni, che regolano analoghe materie e sono dettate da identità di principii (1).

E procedendo per tal guisa, colla scorta della logica del diritto, all'interpretazione di detta disposizione, le conseguenze a dedursi si presentano assai facili e naturali; e sono, che pel tempo in cui dura la violenza contro la persona, in modo da togliere allo spogliato la libertà d'azione, o pel tempo in cui lo spoglio resta occulto ed ignorato, non può decorrere termine di pregiudicio all'esperimento della reintegrazione. Insino a tanto che esiste la causa, che esclude la libertà del consenso o la scienza del fatto, non può ragionevolmente dirsi incominciato

(1) Nⁱ 206 e 207.

Digitized by Google

il corso di un termine stabilito per far valere l'azione derivante dal fatto stesso.

A siffatto principio, che potrebbe dirsi di ragione giuridica naturale, s'inspira eziandio in modo speciale l'art. 1300 del Codice Civile, che fissa il tempo utile all'esperimento delle azioni di nullità e di rescissione di un contratto (1).

« Questo tempo, dice l'articolo, non comincia a decorrere, nel caso di violenza, se non dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore o di dolo, dal giorno in cui furono scoperti. »

E, per derivazione dallo stesso ordine di idee e di principii, l'art. 689, dopo d'avere dichiarato che gli atti violenti o clandestini non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo, stabilisce che tuttavia può questo possesso cominciare quando la violenza o la clandestinità siano cessate. Ed è così anche tolto all'occupazione violenta ed occulta ogni qualsiasi effetto giuridico, sino a che non diventa pacifica o palese.

216. La legge fissando un termine breve si propose uno scopo d'ordine: ma non intese di prestar mano all'usurpatore, il quale, allo stesso modo con cui invase violentemente o clandestinamente l'altrui proprietà, cercherà di prolungare questo stato di cose, continuando ad esercitare la violenza sulla persona dello spogliato, od a nascondere agli occhi altrui l'opera sua clandestina. Sarebbe di fatto contrario ad ogni principio di ragione e d'equità che esso, riuscendo a dominare colla forza brutale od a tenere fraudolentemente celata l'usurpazione, potesse conseguire l'intento di privare il possessore da lui spogliato dei vantaggi dell'azione di reintegrazione.

Naturalmente parlando della violenza, che sospende il corso all'anno, finchè dura, s'intende della violenza direttamente esercitata sulle persone e non di quella sulle cose.

Non torna per altro ognora facile in pratica la determinazione del tempo, in cui sia cessata la violenza personale o la clandestinità dell'usurpazione, potendo dipendere da molteplici e diverse circostanze di fatto e di persone. Spetta perciò sempre

(1) *Ubi est eadem legis ratio, eadem est legis dispositio;* — Tit. prelim. del *Cod. Civ.*, art. 3.

Digitized by Google

al prudente criterio del giudice di attentamente esaminare e ponderare le varie circostanze di luogo e modo e le condizioni d'uomini e di cose, sì materiali che morali, dalle quali possa indursi l'epoca, in cui potè incominciare il suo corso l'anno, entro il quale è circoscritta la facoltà di ricorrere al rimedio della reintegrazione.

Le osservazioni fatte nei precedenti N^i 182 e seguenti trovano anche applicazione alle accennate questioni.

Digitized by Google

TITOLO SESTO

GIUDIZIO POSSESSORIO. — COMPETENZA. — CUMULO DEL POSSESSORIO COL PETITORIO. — PERSONE ALLE QUALI COMPETE O CONTRO CUI COMPETE L'AZIONE POSSESSORIA. — PROCEDIMENTO. — GARANTÍA. — INTERVENTO. APPELLO — CASSAZIONE. — COSA GIUDICATA.

CAPO PRIMO

Competenza.

§ I.

217. Le azioni possessorie, ridotte a due classi — la manutenzione e la reintegrazione — vennero dichiarate di competenza del pretore, qualunque ne sia il valore, come si è già osservato.

La legge attribuendo alla giurisdizione pretoria siffatte azioni, senza veruna limitazione, vi comprende altresì le domande di indennità, che ne sono la legittima conseguenza, quantunque proposte in somma superiore a quella che in via ordinaria sarebbe il limite estremo della competenza dei pretori (1).

E questa competenza non cessa o varia per qualità di beni, privilegio di persone o legalità d'atti. Sia pure l'azione di manutenzione proposta per rapporto a beni non suscettivi di possesso giuridico, o per fatti compiuti per ordine dell'autorità amministrativa nei limiti e nelle forme legali, il pretore è sempre competente a giudicare. Può, cioè, e deve esaminare se l'azione possessoria sia o non ammessibile, e, per conseguenza, se si

(1) *Corte d'Appello di Torino*, 6 dicembre 1870 e 18 settembre 1871; *Giur. ital.*, vol. XXII, 2, 755, e *La Giur.*, 1872, pag. 44. — *V.* pure *Giur. ital.*, vol. XXIII, 2, 702.

Digitized by Google

tratti di beni suscettivi di possesso, o se l'atto preteso turbativo possa dar luogo all'azione possessoria. E ponderate quindi le cose, respinge l'azione se riconosce trattarsi di beni, sui quali non si dia giuridico possesso, oppure trattarsi di atti che non si possano qualificare per illecito turbamento di possesso, o la cui estimazione non ispetti all'autorità giudiziaria in via possessoria (1).

L'azione devesi proporre davanti la pretura del luogo, ove sono poste le cose immobiliari, che ne formano l'oggetto, ed ove seguì lo spoglio o la turbativa di possesso della cosa mobile. E, se si tratta di immobile soggetto a più giurisdizioni, l'azione è proposta davanti la pretura del luogo, in cui è posta la parte soggetta a maggiore tributo verso lo Stato, o davanti la pretura del luogo, in cui ne sia posta una parte qualunque e alcuno dei convenuti abbia domicilio o residenza. La legge cogli articoli 82 e 93 del Codice di Procedura Civile, affidando al giudice locale le azioni possessorie, qualunque ne sia l'oggetto e l'interesse, volle rendere più facile e più spedita la procedura; ed il pretore deve curare che non sieno frustrati questi intendimenti.

218. Già si fece cenno precedentemente della facoltà conferta all'autorità giudiziaria dall'art. 1875 del Codice Civile e dall'art. 921 del Codice di Procedura Civile, di ordinare il sequestro, quando il possesso di una cosa sia controverso fra due o più persone, e vi sia, in ispecie, pericolo di deteriorazione, alterazione o sottrazione.

E questa facoltà spetta al pretore nei giudizii possessorii, come cosa accessoria ed incidentale, inerente alla sua giurisdizione, sia che la domanda di sequestro preceda l'azione possessoria, enunciandola, sia che si promuova contemporaneamente all'azione stessa, e sia che si proponga in via di incidente nel vertente giudizio. Però il pretore non può mai decretare il sequestro, senza sentire ambe le parti, come si deduce dall'articolo 922 del Codice di Procedura Civile, e anche dal confronto di esso col susseguente articolo 925.

L'art. 922 presuppone evidentemente il contraddittorio delle parti interessate; e la disposizione dell'articolo 925, relativa al

(1) *Giur. ital.*, vol. XXVI, 1, 518, e vol. XXVII, 1, 573 in not.

Digitized by Google

sequestro semplicemente conservativo, costituisce una eccezione, che meglio conferma la regola generale. — La legge, insomma, lascia sotto l'impero del diritto comune il sequestro giudiziario, e, se permette la concessione del sequestro conservativo su ricorso di una parte senza il contradditorio dell'altra, non è che in via eccezionale e per una speciale ragione non estensibile al sequestro giudiziario.

§ II.

219. È pregio dell'opera di qui riportare alcune erudite considerazioni di Pescatore (1), le quali hanno relazione col tema della competenza.

« Secondo i principii della ragione giuridica naturale, la podestà, che amministra la giustizia ai cittadini *(jus dicit)*, non ha che due forme o maniere di statuire: a causa pienamente istrutta e a ragione conosciuta, essa decide definitivamente sul tuo e sul mio: in pendenza di causa, e apprezzandone provvisoriamente gli elementi e lo stato e le presunzioni, la medesima podestà debbe dare intanto i provvedimenti, che la giustizia e l'urgenza richiedono, provvedimenti valevoli sino a ragione conosciuta e definitivamente decisa. Ora l'aggiudicazione del possesso della cosa o diritto controverso sino alla decisione del petitorio appartiene a questo secondo genere di provvedimenti: dunque, secondo i principii del gius comune, l'aggiudicazione provvisoria del possesso ad uno dei contendenti sino alla decisione del petitorio appartiene alla decisione del petitorio stesso.

« In verità, la legge ha derogato a questo principio, ma solo in certe e determinate condizioni: all'infuori dei casi della deroga positiva, ripiglia vigore il principio di gius comune. Per giudicare del possesso, la legge instituì in via d'eccezione una giurisdizione speciale, distinta dal petitorio, quando però concorrano le condizioni seguenti:

(1) *Filosofia e Dottrine giuridiche*, pag. 343 e seg.

Digitized by Google

1° Che si verifichi un possesso certo nell'anno antecedente alla controversia;

2° Che questo possesso sia, nel medesimo tempo, materiale e di fatto, e giuridico.

3° Che il medesimo possesso sia distinto e separato affatto dal petitorio, di tal natura cioè e di tale determinata e indipendente consistenza che lo si possa accertare, senza giudicare nè pregiudicare il petitorio, anche solo delibando la cognizione del merito. Or chi non sa che molte sono le figure dei casi in cui l'esercizio del nostro diritto è gravemente turbato per fatto indebito altrui, mentre tuttavia non è possibile l'azione possessoria formale per difetto di quelle condizioni speciali volute dalla legge? In tali casi si ricorrerà direttamente alla giurisdizione del petitorio, la quale ripiglierà, all'infuori della sfera eccezionale circoscritta dalla legge, il suo pieno esercizio, ed, apprezzando provvisoriamente gli elementi del petitorio medesimo, darà in via di incidente a *termini di ragione*, cioè secondo i principii del gius comune, quei provvedimenti interinali che le circostanze, la giustizia e l'urgenza richiedono (1). »

L'illustre autore osserva in seguito che il ricorso diretto al petitorio non importa rinuncia ai detti provvedimenti che sono anzi nelle attribuzioni della giurisdizione stessa del petitorio, di diritto comune e per la natura invariabile della cosa; ma che induce (ciò che è tutt'altra cosa) la rinuncia a procedere nel possessorio formale in sede distinta. — E aggiunge:

« Posto il principio che la domanda in petitorio importa rinuncia a provvedere in semplice possessorio, nasceva il dubbio se l'azione possessoria formale non dovesse rinascere per fatti posteriori alla introduzione del giudizio. L'attore non ha dovuto prevedere questi nuovi fatti, i quali potranno per avventura dare alla turbativa una maggiore estensione, turbare un possesso che prima non fosse stato in tal parte turbato e verificare gli estremi di un'azione possessoria, che prima fossero incerti. Che più? Una delle parti potrebbe, dopo l'instituzione del giudizio, prorompere in veri attentati, e non si procederà prontamente al riparo in via di reintegrazione? — Risponde alla quistione

(1) N° 10.

Digitized by Google

il legislatore; e alla giurisdizione del petitorio, perchè già investito della cognizione della causa, in tutta la sua pienezza, deferisce anche ogni richiamo per fatti posteriori: se si tratta di fatto violento o clandestino il pretore provvede per la pronta reintegrazione, ma rimanda pur sempre le parti avanti la giurisdizione del petitorio (1).

(1) *Cod. di Proc. Civ.*, art. 444. — *V.* n° 30.

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Cumulo del possessorio col petitorio.

SEZIONE PRIMA

Principii di diritto. — Dottrine giuridiche.

---

220. Il titolo può avere per oggetto l'assicurazione del diritto, o servire soltanto a dare al possesso una qualità atta a giustificare l'azione possessoria. La discussione del titolo per assicurare il diritto è riserbata al petitorio; ma nella sede del possessorio si adopra e giova a caratterizzare il possesso.

La legge, per regola generale, mantiene il possesso di una cosa, quando questo possesso ha qualità estrinseche, che gli danno l'impronta della legittimità; ma vi sono possessi ugualmente legittimi, ai quali le esteriori apparenze sono insufficienti senza il sussidio di un titolo, che loro dia colore e vita, titolo che può derivare da un atto scritto o dalla legge. E sarebbe ingiusto il diniegare a questi possessi la prova atta a qualificarne la natura ed a stabilirne la efficacia, usando una diversità di trattamento giuridico non punto giustificabile.

La produzione del titolo in tali casi, determinando la causa e la natura del possesso, fa le veci del *non precario*, o, a meglio dire, ne dimostra il carattere giuridico. Conviene però che si abbia riguardo al titolo unicamente per ricavare un elemento ed un criterio di manutenibilità, e non già per discuterne il valore legale e attribuire un diritto. In sostanza, al giudice, chiamato a statuire in via possessoria, è lecito consultare ed

Digitized by Google

apprezzare i titoli prodotti in giudizio, ma puramente allo scopo di ritrarre dai medesimi una prova maggiore per l'estimazione dei fatti, non già per sentenziare in modo definitivo sui diritti nascenti da quei titoli (1).

Ben considerato adunque il concetto, che informa l'intiero instituto giuridico, è in questo senso che vuolsi intendere la massima di ragione e di giurisprudenza, secondo la quale i titoli scritti, che stabiliscono la proprietà o il diritto degli interessati, ed i titoli, che derivano dalle disposizioni della legge e dallo stato e condizioni dei luoghi, possono esaminarsi nel giudicio possessorio, per determinare la manutenibilità di un possesso, ed anche per giudicare a chi il possesso debba profittare, quando le risultanze processuali lasciano incertezze sul fatto: *Cum possessio a titulo vim, atque interpretationem capiat* (2).

Vi sono anzi dei casi, in cui il titolo e la legge si devono necessariamente consultare, come si è precedentemente dimostrato parlando della servitù. — Il possesso, per esempio, di un passaggio necessario ad un fondo interchiuso, adduce in se stesso il proprio titolo e la propria ragione; e non può a meno di tenersene conto.

Sul tema, di cui si tratta, scriveva il Fabro: *Possunt quæ ad petitorii causam pertinent deduci in judicium, quo de sola possessione controvertitur, non ut de petitorio quidquam pronuncietur, sed tantum corroborandi, et, ut nostri loquuntur, confortandi possessorii gratia; qui enim potiora in petitorio jura habet, is, utique etiam in possessorio vincere debet cæteris paribus.* E osservava pure, potersi nel possessorio trarre in discussione argomenti riflettenti la proprietà, *non ut de proprietate quidquam decernatur, sed ut de possessione bene judicetur* (3).

(1) *Cassaz. di Torino, Sentenze* 18 aprile e 20 novembre 1872; *La Giur.*, 1872, pag. 450, e 1873, pag. 18.

(2) Richeri, *Cod.*, lib. 4, tit. 27, def. 7.

(3) Fab., *Cod.*, lib. 8, tit. 4, def. 1 e 3, e lib. 1, tit. 2, def. 12. — Ed a tali massime inspirossi la posteriore patria giurisprudenza. — *Diar. for.*, vol. 36, pag. 145 e seg.; *Giur. ital.*, vol. V, 1, 421 e 667; vol. VI, 1, 52, 58, 156 e 206; vol. XVII, 1, 529; vol. XIX, 1, 441; vol. XX, 1, 245; vol. XXII, 1, 295, 298, 504 e 988, e vol. XXIII, 1, 56, ecc.

V. pure Mantelli, vol. V, pag. 191 e seg., e *La Giur.*, 1872, pag. 196 e 420, e 1873, pag. 18.

Digitized by Google

Negari porro non potest quin ex causa dominii aliquid accedat adminiculi ad causam possessionis roborandam (1).

221. La Corte di Cassazione di Torino con sentenza 21 dicembre 1870 (2), premesso che la legge attribuì alla giurisdizione dei pretori locali l'azione possessoria con piena facoltà di valersi di tutti i mezzi di prova dalla stessa legge ammessi, e quindi di consultare i titoli, fece le seguenti osservazioni:

« I documenti scritti e i titoli prodotti in giudizio possessorio si hanno a considerare sotto due aspetti: o come attributivi di un diritto, o come semplici prove di fatto, dimostranti l'origine e il carattere di un possesso. Sotto il primo aspetto, quando la loro efficacia e la pretesa attribuzione del diritto siano specificamente e senza manifesta frode alla legge contestate, non è concesso al giudice del possessorio annale di prenderli in considerazione, neppure in via provvisoria, per sostituire una qualsiasi presunzione di buon diritto a quel possesso di fatto e indipendente dal petitorio, che la legge richiede. Una questione di merito sulla validità, sull'interpretazione, sull'applicazione di un titolo, comunque giudicata in via provvisoria, o definitiva, è pur sempre la stessa questione; e non si può ammettere che una sola e sempre identica questione di merito si discuta e si giudichi in quattro successivi giudizi, due di possessorio e due di petitorio, coll'incongruenza di un tribunale civile, chiamato due volte a giudicare la controversia medesima ora in prima istanza, ora in via d'appello, e coll'aggiunta dei rispettivi giudizi in via di cassazione; ed è questo per appunto che col divieto di mescolare il petitorio col possessorio si è voluto impedire. Quando pertanto l'una e l'altra questione sieno talmente connesse, che la assoluta loro disgiunzione non riesca possibile, colui che è turbato nell'esercizio del suo diritto, dee senz'altro ricorrere alla giurisdizione, ordinaria e generale, del petitorio, investita senza dubbio per tali casi di piena potestà anche per dare in via incidentale quei provvedimenti interinali, che le circostanze, la giustizia e l'urgenza richiedono. Ma se tutto ciò è vero, non è tuttavia men certo che sotto quell'altro aspetto, e quali prove

(1) Lib. 8, tit. 3, def. 39; *Giur. ital.*, vol. XXVIII, 4, 4.
(2) *Giur. ital.*, vol. XXII, 1, 988.

Digitized by Google

di fatto dimostranti l'origine ed il carattere di un possesso, i documenti scritti ed i titoli possono valutarsi anche nel semplice possessorio. Per quanto vizioso ed inefficace, in linea di diritto, si voglia supporre un contratto portante traslazione di proprietà o costituzione di servitù, ha potuto essere eseguito, e in materie di diritti immobiliari il fatto dell'esecuzione costituisce un possesso, anche astraendo nel modo più assoluto dalla validità o nullità del contratto, che ha dato luogo all'esecuzione. Così l'esercizio d'una servitù discontinua si presume, per disposizione di legge, precario e di semplice tolleranza; ma, a fronte di un contratto di costituzione formale della servitù, e, data la prova, che il susseguito esercizio trae la sua origine dal contratto e dipende da esso, come effetto da causa, la presunzione di precarietà svanisce, il fatto dell'esercizio spiegato dal titolo qual semplice documento storico assume il carattere di vero possesso giuridico, perchè nato e accompagnato dall'intenzione di esercitare un diritto che si pretendeva acquisito.

« Adunque impugnandosi il titolo come nullo ed inefficace, per vizio estrinseco od intrinseco, il giudice del possessorio annale lascierà pienamente in disparte la questione di validità, e non si farà neppure ad esaminare, se la data esecuzione abbia potuto sanare la nullità primitiva; ma, riservando al petitorio tutte queste ed ogni altra questione di merito, dovrà pure riconoscere nel fatto stesso, storicamente spiegato dal titolo, un vero possesso, ed ammettere e giudicare in conformità l'azione possessoria.

« In senso inverso il convenuto, producendo il contratto di affittamento, proverà che il suo avversario, il quale ardisce proporre contro di lui l'azione possessoria, non è altro che un suo affittaiuolo; e per quante questioni di merito quest'ultimo sollevi contro il prodotto contratto d'affitto, non impedirà giammai che il titolo, qual fondamento probante, dimostri l'origine e la qualità della detenzione puramente materiale dell'affittuario, e provi l'inammessibilità della proposta azione per difetto di vero e giuridico possesso. In altri casi il titolo d'acquisto, qual semplice documento probatorio, e indipendentemente da ogni eccezione di nullità da riservarsi al petitorio, varrà a congiungere, in sede

Digitized by Google

possessoria, l'antico e dimostrato possesso dell'autore col più recente e men che annale possesso del successore, e sarà così buon documento anche in giudizio di possessorio annale. Onde sorge in sostanza la regola generale, che anche in sede possessoria si debbono i titoli valutare ogniqualvolta la loro valutazione non tragga seco apprezzamento veruno di questioni di merito; ciò che può avvenire per doppia cagione, o perchè nissuna eccezione specifica si propone, contro i prodotti titoli, dalla parte contraria, o perchè la considerazione dei titoli, quai documenti probativi e dimostranti l'origine e il carattere dei fatti che susseguivano, si possa completamente disgiungere da qualunque esame di eccezioni e questioni incluse nel petitorio.

« Per contrastare l'applicazione di questi principii all'esercizio di servitù negative, vanamente si obbietta che godendosi le medesime, senza che il proprietario del fondo dominante abbia verun possesso di fatto sul fondo serviente, viene meno ogni ragione di consultare in sede possessoria i titoli valevoli a caratterizzare il possesso, quando non esiste verun possesso. Il vero è che, anche nell'uso di una servitù negativa, il titolo costitutivo della medesima caratterizza i fatti del godimento materiale avutone dal fondo avvantaggiato, dimostrando in questi fatti l'esercizio di un diritto da una parte, e l'osservanza di un vincolo reale dall'altra, nel che consiste appunto l'essenza del possesso, quale lo definisce la legge. In conformità di questo concetto l'art. 637 del Codice Civile dichiara che, anche senza titolo formale e senza opera manufatta sul fondo superiore, la servitù attiva di goderne gli scoli si comincia a possedere, e quindi a prescrivere, dal giorno in cui il proprietario del fondo inferiore abbia continuato a goderli, non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo superiore: e più generalmente l'origine del possesso giuridico per sola virtù di opposizione, *a die contradictionis*, senza verun possesso materiale sul fondo serviente, è ammessa nelle servitù negative dall'articolo 634, dichiarandosi ivi che nelle servitù negative il possesso comincia dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo serviente per contrastargli il libero uso del medesimo, quando,

Digitized by Google

ben inteso, il proprietario del fondo serviente, acquietandosi all' inibizione, si sia astenuto dall'uso interdettogli. Or dunque, se non si saprebbe negare al giudice del possessorio annale di accertare, occorrendo, questi fatti e di prendere cognizione di un atto di opposizione unilaterale per caratterizzare i fatti o non fatti che ne derivarono, sarebbe troppo ripugnante *juris rationi*, cioè alla logica del diritto, di negare allo stesso giudice la facoltà di consultare un titolo bilaterale, e ben più formale e più caratteristico, quale si è il titolo che abbia formalmente costituita una servitù negativa, stata successivamente goduta e senza contrasto esercitata. »

Con altra sentenza la stessa Corte Suprema (1) osservò che, se uno ha un titolo chiaro ed incontestabile, esso segna il carattere e la misura del possesso giuridico, e gli dà azione per essere mantenuto anche in via di semplice possessorio nel pieno esercizio del posseduto diritto. Ma sorgendo contestazioni sul titolo e dovendo risalire alla storia antica dei fatti, per riconoscerne l'autenticità e l'applicabilità al caso, la questione di merito diventa la questione pregiudiciale, e conseguentemente svanisce l'azione possessoria, la quale non ha giuridica possibilità. Non potendo sperimentarsi con criteri proprii, distinti e indipendenti dal giudizio del petitorio, non è ammessibile.

222. In una recente monografia (2) venne il tema trattato con ampiezza e solidità di argomenti. Premette l'egregio autore che una delle più gravi questioni nella difficilissima materia possessoria divide tuttora gli scrittori e i magistrati, ed è — *sino a qual punto il giudice del possessorio possa toccare al diritto senza uscire dalle regole segnate dalla legge per il giudizio possessorio.* E quindi osserva, essere un errore il dire che il giudice del possessorio giudica in petitorio, o cumula il possessorio col petitorio, quando, accogliendo una domanda possessoria, si appoggia al diritto piuttosto che al possesso. Infatti, il giudizio possessorio ha per oggetto e fondamento il possesso; il petitorio la proprietà; e siccome la natura del giudizio si determina dalla domanda, così quando questa è espressa in

(1) *Sent.* 2 febbraio 1870; *Giur. ital.*, vol. XXII, 1, 134.
(2) Dell'Avv.° Vincenzo Luparia; *Giur. ital.*, vol. XXVIII, 4, 1.

Digitized by Google

termini, che non lasciano dubitare della sua natura possessoria, il giudizio non può essere petitorio, qualunque sia il motivo, su cui l'attore ha fondato la sua domanda, ed il giudice la sua sentenza.

« Le domande saranno mancanti di fondamento legale, se in vece del possesso saranno fondate sulla proprietà, conterranno una formale violazione della legge, che regola le azioni possessorie, ma non costituiranno mai un giudizio petitorio. Per formare un giudizio si richiede anzitutto una domanda, e, se questa domanda è chiaramente ed espressamente possessoria, è impossibile il dire che il giudizio sia petitorio e non possessorio per ciò solo, che esso sia erroneamente fondato sulla proprietà in vece del possesso. E così è della sentenza.

« Così pur è impossibile dire con fondamento che, quando una sola è la domanda, ed essa sola è stata accolta dalla sentenza, sia pur essa possessoria o petitoria, si siano con ciò solo cumulati i due giudizi. Imperocchè cumulare il possessorio col petitorio non significa e non ha mai significato il possessorio motivato sul diritto, ma il trattamento contemporaneo dei due giudizi e nella stessa sede. »

L'autore cita il Fabro (Cod., def. 5, 7, 9, *De ordin. judic. et passim*), l'art. 25 del Codice di Procedura francese, alcune antiche ordinanze e l'art. 448 del Codice Albertino; dimostra l'origine fra noi degli errori su tale oggetto, derivanti dalla giurisprudenza francese, e conchiude, sembrare chiaro che il giudice del possesso, quando nel dispositivo della sentenza accoglie una domanda fatta chiaramente in possessorio, non può intendersi aver pronunciato in petitorio, e tanto meno avere uniti i due giudizi, per aver preso il diritto in vece del possesso a fondamento della sentenza.

« Così essendo, aggiunge, allorquando egli avrà nel suo giudizio toccato il diritto più di quanto gli sia permesso, non si dirà che egli abbia pronunciato in petitorio, o cumulati i due giudizi, eccedendo i limiti di sua competenza, ma in vece che egli ha male giudicato..... »

Parlando in seguito di questi limiti, fa le seguenti osservazioni:

« Di regola un giudice debbe avere tutti quei mezzi, che si

Digitized by Google

richiedono ond'egli possa convenientemente adempiere al mandato, che gli è dalla legge affidato. Può avvenire bensì talvolta che qualcuno di questi mezzi gli sia negato, e, ciò avvenendo, o cessa assolutamente il suo ufficio, oppure, quando così prescriva la legge, la causa dev'essere rinviata al giudice competente per la risoluzione della quistione incidentemente insorta; ma intanto sta la regola, che il giudice dee avere i mezzi per convenientemente esercitare la sua giurisdizione, e che questi perciò sono inerenti al suo ufficio. Ciò è sempre stato di principio. *Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest.* (Leg. 2, Dig., *De jurisd.*).

« Ora, non vi essendo legge che abbia limitati al giudice del possessorio i mezzi convenienti per giudicare, ossia, per ciò che concerne l'attuale questione, che abbia tolto al medesimo la facoltà di entrare nel diritto per definire il giudizio possessorio, ne viene che egli potrà ciò fare ogniqualvolta ciò sia opportuno per giudicare, senza impingere nelle regole stabilite per le azioni possessorie.

« Prendiamo alcuni casi ad esempio. La legge richiede il possesso a fondamento delle azioni possessorie, ed io perciò potrò ricorrere al diritto ogniqualvolta esso conduca alla prova del possesso. Così io potrò ricorrere ad un contratto di locazione per provare che io sono in possesso per mezzo del mio conduttore; potrò ricorrere ad un contratto di acquisto, o ad un testamento, od alla legge di successione per provare il mio possesso in proprio dal giorno del titolo (art. 692); potrò ricorrere ad una convenzione od alla legge, che determina la distanza da osservarsi nelle costruzioni, nei piantamenti, negli scavi per provare il mio possesso di una servitù legale o convenzionale.

« Si tratta della legittimità del possesso? Posso ricorrere alla legge od a pubblici documenti per provare che la cosa in questione non è suscettiva di proprietà privata, e non è perciò suscettiva di possesso avente effetto giuridico (art. 690). Posso ricorrere alla legge per provare che l'esercizio del passaggio a favore di un mio fondo interchiuso non può essere l'effetto della

Digitized by Google

tolleranza; e per lo stesso motivo posso ricorrere ad una convenzione per escludere la precarietà del mio possesso in fatto di servitù non suscettiva di prescrizione.

« Insomma io posso ricorrere alla legge o ad una disposizione tra vivi o testamentaria, ogniqualvolta potranno giovare per provare il possesso, la sua durata, la sua legittimità, o le molestie. »

E nota poscia che ciò non dovrebbe far difficoltà per alcuno e tanto meno per coloro, che ammettono il titolo per escludere la precarietà del possesso, se pure vogliono essere logici, ma che tuttavia questa difficoltà non manca; e ne adduce ed oppugna la maggiore e più comune, quella derivante dalla contestazione del titolo.

« Ma se si considera (egli osserva in proposito) che il principio è sempre lo stesso, cioè la necessità che ha il giudice di valersi dei mezzi opportuni per risolvere la questione, o meglio per la definizione del giudizio, che è stato dalla legge a lui affidato, e che questa non ha fatta alcuna distinzione od eccezione, sembra che la difficoltà debba scomparire, imperocchè, qualunque sia la indagine da farsi, qualunque sia la discussione, esse non mirano ad altro che a definire la causa possessoria *ut de possessione bene judicetur.* »

E siccome fra gli oppugnatori di questa tesi, alcuni pensano, dovere il giudice passare oltre e giudicare, se la contestazione è evidentemente infondata, e, ove non sia tale, dover il giudice rinviare le parti avanti il giudice competente, per far risolvere l'incidente e poscia terminare il giudizio possessorio; ed altri invece sostengono, dovere il giudice dichiararsi senz'altro incompetente nella causa possessoria; perciò l'autore della monografia si fa a dimostrare i difetti di questi sistemi.

« Il primo sistema difatti è assai pericoloso e conduce allo arbitrio: mentre, se la verità è assoluta, l'evidenza ed il dubbio sono relativi, e ciò che sembra evidente per gli uni può essere oscuro per gli altri..... Inoltre esso farebbe precedere il petitorio al possessorio, ciò che la natura del giudicio e la legge non permettono (Cod. di Pr., art. 445). Il secondo sistema poi non solamente verrebbe ad escludere l'azione possessoria in

Digitized by Google

molti casi, ma porgerebbe mezzo al convenuto di eludere con una eccezione qualunque la giurisdizione del giudice e le ragioni dell'attore in possessorio. Amendue poi questi sistemi partono da un supposto che non esiste, cioè che la cognizione che il giudice prende intorno all'incidente concernente il diritto, che è stato sollevato in causa, formi cosa giudicata; ciò che assolutamente non è. Abbiamo veduto, infatti, che il giudice in tal caso non pronuncia sull'incidente, ma ne prende solamente cognizione, lo esamina per definire la causa principale.

« Non *pronunciando* quindi, non *giudicando* sull'incidente, ma unicamente sulla causa possessoria, non vi può essere cosa giudicata nascente dal fatto esame. E di vero, ognuno sa che la cosa giudicata sta nel dispositivo della sentenza e non nei motivi; tanto è vero che, quando questa è conforme alla legge, non è ammessa la cassazione, quand'anche i motivi, su cui il giudice si fonda, siano erronei. Ora, se il dispositivo della sentenza in possessorio riguarda unicamente il possesso, la causa su cui esso è fondato, tuttochè di puro diritto, non può mai fare cosa giudicata in petitorio; giacchè la cosa domandata, ossia l'oggetto della domanda è diverso, mentre l'uno ha per oggetto il possesso, l'altro la proprietà. »

E dopo altri riflessi ed esempi, tratti dalla giurisprudenza precedente, aggiunge che gli addotti argomenti rispondono anche a coloro, i quali, senza sostenere che la discussione incidente sul diritto importi cosa giudicata in petitorio, reputano tuttavia sconveniente che la stessa questione sia trattata per ben quattro volte, cioè due in prima istanza ed in appello in possessorio, e due in prima istanza ed in appello in petitorio. Fintantochè, egli dice, non è cosa giudicata, e non vi è se non quando si verificano gli estremi per essa voluti, la stessa questione può trattarsi moltissime volte avanti i tribunali, o perchè manchi l'identità della domanda o della qualità nelle persone, oppure anche perchè queste siano diverse, come avviene quando un secondo, un terzo, od un quarto socio e coerede agisce in giudizio od è convenuto per lo stesso oggetto, per cui ha agito od è stato convenuto il primo. Ora, se la legge non trova sconvenienti queste molteplici discussioni sullo stesso argomento,

Digitized by Google

giacchè le permette, non vi dev'essere sconvenienza neppure per il caso di cui si tratta.

Non credesi neppure dall'autore che all'esame, alla discussione del diritto in possessorio possa far ostacolo il ritardo che queste discussioni possano recare alla definizione del giudizio, che di regola dovrebbe essere pronta. La legge, infatti, non fa alcuna distinzione; e se queste discussioni, come contrarie alla natura di siffatti giudizi, dovessero essere escluse, il legislatore lo avrebbe stabilito. D'altronde, se in tutte le altre cause, che si debbono trattare sommariamente e che perciò richiedono pronta spedizione, non sono escluse le discussioni, che talvolta importano lunghe indagini, non vi è ragione sufficiente per negarla nelle cause possessorie, e ciò tanto più che l'esperienza dimostra e basta aprire le collezioni dei giudicati per convincersene, che tali cause importano talvolta lunghe indagini, o con prove testimoniali, o con perizie ed ispezioni delle località, od altrimenti, unicamente per discutere il fatto.

« Il giudice del possessorio adunque può e deve ricorrere al diritto, tuttochè contestato, senza temere di uscire dai limiti assegnati a questo giudicio, ogniqualvolta sia utile per la sua definizione, ossia per determinare il possesso, le sue qualità, la sua durata, o le molestie. »

223. In ordine al cumulo delle due azioni il Codice di Procedura Civile contiene negli articoli 443, 444 e 445 alcune speciali disposizioni, sulle quali torna opportuna qualche considerazione (1).

L'art. 443 dispone, che chi instituisce il giudizio petitorio più non può promuovere il giudizio possessorio: e l'art. 444 stabilisce, che dopo istituito il giudizio petitorio ogni reclamo relativo al possesso per fatti posteriori è deferito all'autorità giudiziaria davanti cui pende il giudizio. Quando però si tratti di attentato violento o clandestino, il pretore, accertato il fatto, provvede per la pronta reintegrazione, e rimanda le parti avanti la detta autorità. E infine l'art. 445 statuisce, che il giudizio possessorio, finchè non sia pronunziata la sentenza, e questa

(1) *V.* n^{i} 30, 31 e 32.

Digitized by Google

non sia eseguita interamente, impedisce al convenuto di promuovere il giudizio petitorio. Quando l'esecuzione non possa compiersi per fatto dell'attore che sia in mora a far liquidare lo importare delle condanne ottenute, il convenuto può fargli assegnare a quest'oggetto un termine, scaduto il quale egli potrà proporre la sua domanda. L'assegnazione del termine è chiesto all'autorità giudiziaria davanti cui deve promuoversi il giudizio petitorio. L'attore in giudizio possessorio, finchè questo è pendente, non può promuovere il giudizio petitorio, salvo che rinunzi agli atti, e paghi o depositi le spese.

La disposizione pertanto dell'art. 443 toglie all'attore in petitorio la facoltà di agire nel possessorio, per la ragione generalmente ammessa, che l'instituzione del giudizio petitorio involge implicita ricognizione del possesso presso il convenuto. Potrebbe però darsi che il petitore, anche avendo il possesso, intendesse far risolvere la questione di diritto per uscire ad un tratto dall'incertezza e da quello stato di provvisorietà in cui lascia le cose il giudizio possessorio. — Pare adunque che altra ragione giuridica sia concorsa ad informare la legge, e sarebbe che promuovendosi il giudizio petitorio, si rinuncia all'esercizio dell'azione possessoria; e che inoltre adottandosi regola diversa, una grave perturbazione soffrirebbe l'ordine dei giudizi.

Ma sarà anche applicabile al convenuto il detto divieto?

Fu una questione discussa e variamente decisa in Francia dietro le disposizioni dell'art. 26 del Codice di Procedura francese; ma infine prevalse il principio, non essere in potere dello autore del turbamento di eludere la competenza del giudice del possessorio, evocando in giudizio petitorio, prima che avesse promossa l'azione di manutenzione, colui che in conseguenza di questo turbamento avrebbe avuto facoltà di intentarla (1).

Si faceva però una eccezione a questa regola pel caso che il convenuto, comparso nel giudizio petitorio, si fosse difeso; perchè in tal caso il contratto giudiciale sarebbe stato di ostacolo all'esercizio separato dell'azione possessoria.

La primitiva incertezza della giurisprudenza francese sul punto se il convenuto in petitorio potesse agire in possessorio derivava

(1) *Cassaz. francese*, 8 aprile 1823.

Digitized by Google

dal timore, che, ammettendo quest'azione separata, non si violasse il principio che vieta il cumulo dei due giudizi.

Sotto i passati Codici piemontesi di Procedura non potè nascere simile questione, essendo dalle loro disposizioni anche vietato al convenuto in petitorio d'instituire separato giudicio possessorio, salvo nei casi di spoglio violento od occulto. — E la ragione di queste disposizioni sembra dettata dalla prima delle considerazioni avanti citate, che cioè, involvendo il giudizio petitorio ricognizione di possesso nel convenuto, riusciva senza utile scopo una separata causa di possesso.

Il nuovo Codice di Procedura arreca una variazione a dette antecedenti leggi con disposizioni che compaiono realmente più logiche e conformi ai generali principii di diritto.

Pisanelli, nella sua relazione, osserva che il convenuto, turbato nel possesso per atti i quali continuino ancora nei loro effetti, sì che possa tuttavia ridondargli vantaggio dal giudizio possessorio, non può per l'azione petitoria promossa dal turbatore, essere impedito di far decidere anzitutto la questione possessoria avanti l'autorità competente, *salvochè vi abbia espressamente o tacitamente rinunziato.*

L'art 444 statuisce, che solo per *fatti posteriori* all'istituzione del giudizio petitorio ogni reclamo relativo al possesso è deferito all'autorità giudiziaria avanti cui pende questo giudizio. È invero evidente che se il diritto dell'azione possessoria nacque per *fatti anteriori* alla introduzione del detto giudizio, il solo pretore è giudice competente, quando però si tratta del convenuto.

Se altrimenti s'interpretasse la legge ne seguirebbe, che tolta sarebbe al convenuto ogni via di azione possessoria, non potendo esercitarla avanti il pretore, reso incompetente per fatto del turbatore che dopo la molestia agì in petitorio, e neanco avanti il giudice del petitorio perchè trattasi di *fatti anteriori.*

Naturalmente compete tale azione al convenuto, se non vi rinunciò, deliberando in merito o contestando senza riserva la lite in petitorio.

La Corte di Cassazione di Firenze (1) stabilì, a conferma dei

(1) *Sent.* 13 settembre 1874; *Giornale delle Leggi*, anno V, pag. 207. — *Vedi* anche n° 176 e seg.

Digitized by Google

principii sovra enunciati, che, il convenuto in petitorio può, per anteriore fatto turbativo, promuovere dal suo canto l'azione possessoria, a differenza dell'attore che coll'instituire il giudizio petitorio ha rinunziato ai vantaggi del possessorio, ed ha anzi virtualmente confessato che il possesso spetta al convenuto. Ciò deriva, secondo le considerazioni di detta sentenza, dalla retta applicazione degli articoli 443 e 444 del Codice di Procedura Civile, ed è conforme ai principii scientifici, che governano la materia; e quindi il possessorio dev'essere sempre giudicato prima del petitorio, perchè non devesi all'usurpatore fornire argomento a conservarsi nel possesso usurpato.

La ragione poi per cui, in caso di attentato violento od occulto, deve provvedere il pretore anche per fatto posteriore al giudizio petitorio, sta nell'essenza stessa del fatto, che genera l'azione di reintegrazione. Il pretore deve però limitare il suo officio al puro provvedimento necessario alla pronta reintegrazione dovendo rimandare le parti avanti il giudice del petitorio.

L'art. 445 infine impedisce al convenuto in giudizio possessorio di promuovere il giudizio petitorio finchè nel primo giudizio non sia pronunziata la sentenza e questa non sia per intiero eseguita, informandosi al principio, secondo cui il possessorio ed il petitorio non possono cumularsi avanti lo stesso giudice, ed anzi neanco trattarsi contemporaneamente avanti giudici diversi. — L'effetto giuridico, e forse una delle cause di questa divisione di giudizi, è la determinazione delle posizioni di attore e di convenuto in petitorio, per conoscere a quale delle due parti incomba la prova; giacchè la sentenza in possessorio attribuisce la presunzione della proprietà, circa al cui diritto deve discutersi in petitorio; — presunzione però che in tema di servitù può essere in certi casi distrutta dalla contraria presunzione di libertà dei fondi.

224. Vuolsi, in ultimo, osservare che la proibizione di unire il giudizio possessorio col petitorio si estende a tutti gli atti della causa, dovendo non solo il giudice negli atti del suo ministero, ma le parti singolarmente nelle loro domande e conclusioni, attenersi al semplice possessorio.

Spetta però in ispecie al giudice di evitare nella sua sentenza

Digitized by Google

questo cumulo di giudizi, stando in essa la somma e la definizione della causa. Un simile vizio, esistente negli atti d'istruzione, può ancora correggersi, non così nella sentenza.

Però questa regola vuolsi sempre sanamente interpretare ed applicare, come si osservò. — E torna anche qui opportuno di riferire una recente decisione della Corte di Cassazione di Napoli (1), colla quale si sentenziò che il diritto di passaggio, sia esso fondato sulla legge, che lo stabilisce a favore dei fondi interclusi, o si eserciti per ragione di condominio sul suolo stradale, può formare obbietto dell'azione possessoria di manutenzione. Si legge di fatto in essa che, per dirsi legittimo il possesso, bisogna che colle altre condizioni vi concorra l'animo di tener la cosa come propria; e che conseguentemente, soprattutto quando si tratta d'una servitù discontinua, è indispensabile cosa che il magistrato esamini, se l'attore possegga a questo titolo. — *Il più o il meno nella investigazione e considerazione di cotesta indagine*, soggiunge la sentenza, *non può essere sottoposto a regola. Quel che importa sostanzialmente si è che la istanza, l'istruzione e la parte dispositiva della sentenza abbiano ad obbietto non altro che il possesso. Invero, non si potrebbe dire che alcuna frase corsa in una considerazione basti a mutare l'indole dell'azione istituita o la sostanza della dispositiva.* E finì con osservare che nella fattispecie essendosi ravvisato un compossesso derivante da condominio su viottolo, che si voleva vicinale, non venne per codesto concetto a scambiarsi l'indole possessoria dell'azione.

Può talora la domanda presentarsi oscura e passibile di diversa interpretazione circa alle intenzioni dell'attore ed all'indole dell'azione. In questi casi, osserva un erudito autore (2), potrebbe applicarsi all'attore, che è uno dei contraenti in giudizio, il principio, secondo cui devesi nel dubbio interpretare il contratto contro colui che ha stipulato. Ma le regole dell'ermeneutica legale non consentono che sieno dimenticate le altre regole, che devono accordarsi con detto principio; epperciò le parole, che possono avere due sensi, debbono essere intese nel senso più

(1) *Sent.* 22 settembre 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVIII, 1, 165.
(2) SCIALOJA, *Az. poss.*, pag. 703.

Digitized by Google

conveniente alla materia, di cui trattasi nel giudizio; tutte le clausole della domanda, base del contratto giudiziale, interpretarsi le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dall'atto intero; e quando una clausola connette due sensi, intendersi nel senso, per cui può avere qualche effetto (1).

Uno espone il suo oltreannale possesso e l'atto turbativo, su cui fonda i suoi reclami, e conchiude pel rilascio della porzione di fondo occupata dal molestante, asserendo che fa parte di sua proprietà, non che pel risarcimento dei danni. Questa domanda, ben considerata, racchiude i requisiti dell'azione possessoria. La parola *proprietà* è nella specie impropria e nulla detrae alla essenza della domanda. Così pure, se uno chiede il risarcimento dei danni per l'attuazione di un passaggio abusivo sul suo fondo, l'azione compare ambigua, potendo essere azione d'indennità, che richieda la cognizione del diritto, od azione possessoria; ma se alla domanda si aggiunge l'istanza per l'inibizione del passaggio, come turbativo dell'oltreannale possesso, è chiaro che le altre espressioni, sebbene poste in principio della domanda quasi fossero le più essenziali, sono in realtà subordinate all'ultima parte che determina l'indole dell'azione.

Se a vece uno chiede la manutenzione in possesso e, per tutta prova di questo, presenta i titoli di proprietà, il giudice non può aver alcun riguardo a tale prova. Per contro se la domanda, evidentemente possessoria, si fonda su prove di duplice natura, su quelle, cioè, del suo legittimo oltreannale possesso, ed inoltre su altre che attestano il suo diritto di proprietà, queste non viziano quelle; ma solo, come soperchie, si considerano estranee al giudizio. Sono prove staccate le une dalle altre, da potere ciascuna stare da sè, ed il giudice si attiene soltanto a quella che è inerente all'indole della domanda.

Può pur accadere che la domanda ambigua ed oscura dell'attore venga determinata o chiarita dal convenuto, le cui difese servano a stabilire i veri termini, entro i quali si restringe il contratto giudiziale. E per vero, osserva sempre l'illustre giureconsulto, così nei giudizi, come nelle convenzioni si deve

(1) *Cod. Civ.*, art. 1131 e seg.

Digitized by Google

indagare la comune intenzione delle parti contraenti, anzichè attenersi al senso letterale delle parole; e per quanto sieno generali i termini, coi quali si è contestata la lite, che è una specie di convenzione, essa non comprende che le cose sopra le quali apparisce, essersi proposto le parti di contendere. — E ne dà un esempio. Tizio chiede il risarcimento dei danni a Sempronio, che gl'inondò un fondo da lui posseduto. Sempronio oppone che il fondo a vece è da se stesso posseduto. Tizio ripete che ne ha il legittimo oltreannale possesso e ne fu turbato da Sempronio, offrendone la prova, all'oggetto di non essere più in avvenire molestato. Ed ecco la controversia diventare possessoria.

Il convenuto deve pur sempre anch'esso restringere le sue difese alla questione possessoria. Se ne eccedono i limiti, il giudice non può prenderle in considerazione. — E se accumula nelle difese ragioni e prove riflettenti il possessorio ed il petitorio, il giudice tien conto delle prime e non bada alle altre. Il convenuto, in sostanza, non può colle sue difese esclusivamente dirette al petitorio trasformare l'indole dell'azione, non essendo in suo arbitrio di liberarsi dalle conseguenze de' suoi atti di molestia all'altrui possesso manutenibile, con trasportare la questione sul campo del petitorio.

La giurisprudenza essendo intanto di alto sussidio e guida nell'apprezzamento dei fatti e nell'intelligenza del diritto, non è inopportuno di riferire ancora alcuni esempi tratti da decisioni dei magistrati, sebbene presentino talora qualche contraddicenza e non sempre appaiano conformi al sistema razionale dell'istituto delle azioni possessorie. L'applicazione della legge alla varietà dei casi non s'induce solo dalla esatta definizione dei principii; ma nel trarne le conseguenze logiche sorgono dubbiezze derivanti da circostanze e probabilità, che possono credersi prevalenti in un senso o nell'altro, e quindi questioni tutte di apprezzamento e di estimazione soggettiva, le quali possono, per la loro ambiguità, dare luogo a diversità di opinioni e di giudizi. — Dal contrasto altronde e dai raffronti si deduce spesso la verità, il *jus rationis*.

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

Esempi o casi, in cui fu giudicato, non esservi cumulo d'azioni.

---

225. L'antico Senato di Torino, con sentenza 19 giugno 1829, conformemente al voto dell'avvocato generale, decise, che nelle cause di possesso annale le deduzioni, le ispezioni sul luogo, le relazioni giudiciali dei periti, e le produzioni di titoli atti a stabilire la proprietà dei siti od oggetti controversi non inducono un'azione petitoria, quando all'appoggio di siffatte dimostrazioni si mira a qualificare il possesso, e si conchiude puramente per la manutenzione del possesso annale. La natura della causa riceve invariabile carattere dallo scopo a cui tende (1).

E la Corte di Cassazione francese ha pur deciso con sentenza 24 luglio 1810 che il giudice può valersi del titolo per giudicare del carattere del possesso; e che nelle servitù non prescrittibili mediante soli atti possessorii è necessaria la presentazione del titolo per togliere al possesso il vizio di precarietà.

E con altra decisione delli 23 aprile 1811 giudicò non esservi cumulo di possessorio col petitorio nella sentenza del giudice, che prese in considerazione l'articolo 558 del Codice francese (art. 455 del patrio Codice) per decidere che colui il quale, durante il tempo in cui le acque dello stagno erano basse, ne ha falciato il fieno delle rive, non ha potuto acquistare un possesso abile ad autorizzarlo all'azione di manutenzione.

In questo caso è la legge che forma il titolo; ed il giusdicente lo ha potuto consultare per conoscere la qualità dell'invocato possesso senza cumulare le azioni.

In una specie, pur decisa dalla stessa Corte di Cassazione il 24 giugno 1828, il proprietario attiguo ad un fondo chiuso aveva tradotto il proprietario di questo fondo in giudizio in via di azione possessoria, perchè egli era passato per un'altra parte diversa dall'ordinaria, ed aveva abusato della servitù. Il giudice

(1) *Diar. for.*, tom. 14, pag. 377 e 393.

Digitized by Google

di pace, dopo di aver conosciuto che il tragitto da costui fatto era più lungo, più dannoso di quello ordinario, che vi aveva abuso di servitù, aveva mantenuto l'attore nel possesso della libertà della parte ultimamente praticata. Il Tribunale di Appello aveva riformato questa sentenza per cumulo di petitorio e di possessorio; ma la Corte suprema ha cassato, atteso che, quali ch'ei fossero i motivi della sentenza del giudice di pace, egli non aveva giudicato nella dispositiva, ché in possessorio.

In un'altra specie, decisa con sentenza delli 28 giugno 1830 dalla stessa Corte, si trattava di un fosso, di cui l'attore pretendeva avere il possesso esclusivo. Li giudici di prima instanza e d'appello avevano rigettata la sua azione, rifiutando di ammettere la prova del possesso, perchè contrario ai titoli delle proprietà delle parti, e perciò non valevole. La Corte rigettò il ricorso in Cassazione, atteso che se era vero, che i motivi della sentenza si riferissero non al possesso annale, ma al diritto di proprietà o di servitù, era egualmente vero, che la dispositiva che constituisce, a propriamente parlare, l'essenza della decisione, non aveva giudicato che il possessorio, e che questa dispositiva si trovava altronde sufficientemente motivata, dacchè alcuni motivi della sentenza si riferissero al possessorio.

Giudicò anche non esservi cumulo nella sentenza del giudice, il quale in caso di discussione fra due acquisitori di una cosa medesima, che non avendo il possesso annale per sè invocavano quello del loro autore, aveva esaminati i titoli rispettivi, ed ammesso il primo acquisitore a profittare del possesso, quantunque il suo avversario fosse già entrato in godimento; e non esservi neanco cumulo nel caso che il giudice esamini un titolo di vendita per decidere sopra una domanda di garantía formata dall'acquisitore contro il suo venditore, all'occasione dell'azione di manutenzione intentata contro il primo: *sentenza delli 11 gennaio 1809.*

E così pure nella sentenza che accolse la domanda di manutenzione del proprietario del fondo superiore contro l'inferiore, il quale aveva stabilito un argine che impediva lo scolo delle acque: *13 giugno 1814.*

In quella che accolse l'azione possessoria dell'acquisitore della

Digitized by Google

parte inferiore di un prato contro il proprietario della parte superiore, fondandosi sulla ragione che, dopo il compimento di opere visibili e permanenti in questa parte di fondo superiore per facilitare la caduta delle acque nel proprio fondo lo scolo ebbe luogo a titolo di servitù continua: *sentenza 13 giugno 1814.*

In quella che unitamente al fatto materiale del possesso prese in considerazione le disposizioni della legge, e del diritto comune, le quali equivalevano a un titolo, per mantenere l'attore nel suo possesso annale: *1° marzo 1815* e *26 gennaio 1825.*

In quella che rigettò la domanda possessoria per motivi relativi alla proprietà del fondo, e nello stesso tempo alla natura del possesso, allorquando d'altronde l'attore fu rimandato a provvedersi nel petitorio: *26 gennaio* e *6 novembre 1825.*

In quella che, riconoscendo un possesso, ordinò un piantamento di termini, per evitare una nuova molestia, e per tener luogo di ceppi d'alberi recisi, sotto la riserva dell'azione petitoria: *27 aprile 1814*: e *26 gennaio 1825.*

In quella che ordinò una misura di terreno, al fine di sapere se un fosso, il quale aveva dato luogo all'azione possessoria, fosse stato scavato sulla proprietà dell'attore, o sovra un terreno a lui affittato da un comune: *11 gennaio 1826.*

In quella, colla quale il giudice, per determinare chi aveva il possesso, dichiarò che l'uno non possedeva che a titolo precario, mentre l'altro possedeva a titolo di padrone; poichè una tale sentenza non istabiliva alcun pregiudizio quanto alla quistione di proprietà: *3 dicembre 1827.*

Ed in quella con cui il giudice dichiarò precario un possesso perchè contrario ai regolamenti (1).

La prefata Corte ha eziandio deciso che il giudice non riunisce il possessorio ed il petitorio, dichiarando non ricevibile un'azione possessoria pel motivo, che il terreno formante oggetto della controversia è una pubblica piazza, non suscettiva di possesso sino a tanto che conserva questa destinazione (2).

(1) Garnier, *Act. poss.*, pag. 161, 162 e 163; Dalloz, tom. 1, pag. 306, 308, 309 e 318; Sirey, tom. 9, par. I, pag. 95, e tom. 15, par. I, pag. 120 e 239; *Jur. du XIX siècle*, 1825, par. I, pag. 161 e 397.

(2) *Sent.* 21 maggio 1838 e 25 febbraio 1840, rif. dal Dalloz.

Digitized by Google

226. Non cumula il petitorio col possessorio il pretore che, attesa la demanialità del fondo, respinge l'azione possessoria di manutenzione, fondandosi sulla ragione che il vantato possesso è privo di ogni effetto giuridico. Il pretore può sempre respingere l'azione proposta da un privato per essere mantenuto nel possesso di una cosa che, *ex rei evidentia* appartenendo al demanio pubblico, non è suscettibile di possesso legittimo. Non sussiste la oggezione che ammette o respinge, in tal caso, la domanda di manutenzione per ragioni esclusivamente desunte dalla proprietà. Come spetta al giudice il decidere, se il possesso sia o no manutenibile, è evidente che per la necessità delle cose deve pure spettare al medesimo il conoscere, se i beni sieno o non di loro natura suscettibili di possesso legittimo. — Il giudice rigettando, in tali casi, la domanda di manutenzione, non può dirsi che decida la causa possessoria per ragioni di proprietà, ma piuttosto che respinga l'azione, perchè il vantato possesso è dalla legge stessa spogliato di ogni effetto giuridico. Così la Corte di Cassazione di Firenze (1).

Secondo la stessa Corte di Cassazione, la verificazione dei confini, avuto riguardo allo scopo per cui è domandata, può servire tanto al giudizio possessorio, come al petitorio. Laonde erra in diritto la sentenza, la quale ritiene che il giudicio sia petitorio, solo perchè un possessore, turbato nel suo possesso, chiede la verificazione dei confini (2). E infatti, se è petitorio il giudicio quando la rettificazione o verificazione dei confini è fine dell'azione, quando cioè si vogliono stabilire definitivamente i confini di due proprietà, può per contro accadere che lo stato dei confini possa, come mezzo probatorio, formare soggetto delle ricerche del giudice del possessorio, all'oggetto di conoscere e decidere sino a qual punto il possessore, che si querelò d'essere stato turbato nel suo annale possesso, debba esservi mantenuto; e può anche accadere che nel giudizio possessorio debba farsi

(1) *Sent.* 1° aprile 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 572.

(2) *Sent.* 11 dicembre 1871; *La Giur.*, 1872, pag. 175; *Giornale delle Leggi*, anno III, pag. 55.

È pur degna di nota la decisione riferita al n° 59, relativamente alla elevazione od abbassamento delle acque di un lago o stagno.

Digitized by Google

luogo al ristabilimento di *fatto* dei confini, massime se i termini sieno stati violentemente od occultamente rimossi.

La cosa giudicata nasce dal dispositivo; e, se può ricorrersi ai motivi per determinarne la forza, ciò solo avviene quando il il dispositivo è dubbio, non già quando non presenta incertezze. E, qualunque perciò sieno i motivi addotti, la sentenza, che dichiara doversi uno mantenere nell'annale possesso di un passaggio, è puramente possessoria (1).

Non v'ha cumulo, se il giudice consultò i titoli al solo effetto di provvedere sulla domanda in manutenzione e di constatare la natura del possesso, se cioè *jure domini*, o di servitù; senza risolvere questioni di proprietà o del valore dei titoli (2).

Non è confuso il possessorio col petitorio, se nel giudizio di spoglio, ad oggetto di stabilire l'esistenza, o non, del possesso, si adducono anche considerazioni desunte dalle località, come argomento di presunta proprietà (3).

Se la legge concede il diritto di querelarsi di spoglio anche ad un possessore precario od ingiusto, a maggior ragione lo accorda al possessore che unisce al materiale possesso tinte e colori favorevoli, le quali al rigore del diritto accoppiano l'idea dell'equità. — Perciò il giudice può esaminare il carattere del possesso, se colorato di titoli o semplice e precario, senza cumulare il possessorio col petitorio. La legge interdice al giudice del possessorio di pregiudicare la questione del petitorio, cumulando due giudizi di diversa natura, ma non vieta al medesimo di porsi sott'occhio i documenti atti a colorare il possesso e ad indurne la prova, quando specialmente trattasi di possesso, che lo spogliato non poteva materialmente ritenere esso stesso, e che non poteva così verificarsi, se non per mezzo di altre persone, che ritenevano la cosa in nome di lui (4).

In questione di presa d'acqua non si confuse dal giudice il giudizio possessorio col petitorio, dando valore a Patenti del 1788;

(1) *Cassaz. di Torino*, 22 giugno 1852; *Giur. ital.*, vol. IV, 1, 563. — *Cassaz. di Palermo*, 7 dicembre 1872; *La Giur.*, 1873, pag. 236.

(2) *Cassaz. di Torino*, 11 marzo 1858; *Giur. ital.*, vol. X, 1, 207.

(3) *Cassaz. di Milano*, 10 luglio 1861; *Giur. ital.*, vol. XIII, 1, 833.

(4) *Cassaz. di Torino*, 15 gennaio 1868; *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 29.

Digitized by Google

poichè anche nel giudizio possessorio può il giudice tener conto dei titoli, ove ciò faccia non già per attribuire definitivamente in virtù di tali titoli un diritto, ma solo per determinare la natura e il carattere del possesso. — Si potè quindi in base a dette Patenti, considerate in rapporto colle altre risultanze degli atti, ritenere manutenibile un possesso che, oltre al fatto, era giustificato da un titolo (1).

Dovendo nel giudizio di manutenzione conoscersi, se il possesso sia o non precario, può il giudice ammettere quelle prove, che tendono a far constare o ad escludere la precarietà, sebbene sembrino entrare in certo modo nella sfera del petitorio. — In ispecie se sia chiesta la manutenzione in possesso di una servitù di passaggio pel fondo altrui, dovendosi un tal passaggio ritenere come un fatto abusivo, ove il richiedente abbia altra via, il giudice prima di decidere sul possessorio deve ammettere la prova dell'esistenza o non esistenza di altro passaggio (2).

Il giudice, che nella causa di manutenzione in possesso di servitù discontinue prende cognizione dei titoli, riservando le ragioni di merito nel giudizio petitorio, non cumula le due azioni; ed il fatto di una terra inclusa nei fondi altrui è un titolo legale (3). Nella fattispecie l'attore allegava, all'appoggio di sua domanda per la manutenzione in possesso, la necessità del passaggio, e così un titolo legale, trovandosi il suo fondo circondato per ogni parte da fondi altrui, senza uscita sulla via pubblica. — E si tenne per cosa evidente che il giudice poteva esaminare il titolo, vale a dire, se era o non necessario il chiesto passaggio, e così se il relativo possesso era legittimo, oppure abusivo, tale da essere o non provvisoriamente manutenibile: circostanza, al cui accertamento poteva servire la visita giudiziale od una perizia.

227. Il convenuto può nel giudizio di possesso annale, ad oggetto di escludere il possesso invocato dall'attore o di dimostrarlo

(1) *Cassaz. di Milano*, 7 giugno 1861; *Giur. ital.*, vol. XIII, 1, 642.

(2) *Cassaz. di Torino*, 23 maggio 1849 (art. 649 del Cod. Alb.); *Giur. ital.*, vol. I, 1, 183, ove sono pure per nota portati molti esempi riflettenti il cumulo delle due azioni, tratti dalla *Giur. francese*.

(3) *Cassaz. di Torino*, 12 gennaio 1854; *Giur. ital.*, vol. VI, 1, 38. — *Cassaz. di Napoli*, 22 settembre 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVIII, 1, 165. — *V.* n° 139 e seg.

Digitized by Google

comune, far noti i segni di comunanza e i titoli di proprietà, senza che per questo il giudizio debba cangiare di sua natura. Intentato un giudizio possessorio per novità intraprese in un muro divisorio, se l'autore di esse alleghi la comproprietà ed il compossesso di quel muro, devesi prima di tutto investigare se sussistano i fatti da esso allegati; nè in ciò fare si eccedono i limiti del giudizio possessorio. Se le azioni possessorie debbono giudicarsi secondo i fatti del possesso e non dietro i titoli di proprietà, deve però questa regola intendersi nel senso che il giudice non deve fondare sul merito dei diritti la sentenza. Possono pur sempre consultarsi i titoli di proprietà, quando le parti sono discordi sulla questione del possesso ed i fatti insufficienti a risolverla (1).

Può formare oggetto dell'azione possessoria di manutenzione il possesso di passaggio, esercitato per ragione di condominio su via pretesa vicinale, potendo il giudice investigarne la natura, e ricercare se il possesso su di essa possa dirsi *jure domini;* purchè abbia la domanda e la sentenza ad obbietto null'altro, che il possesso (2).

Non eccede la propria competenza, non cumula il possessorio col petitorio, non pregiudica la questione circa alla estensione della servitù, il giudice che in causa di manutenzione in possesso di una servitù di passaggio, per definire se le opere fatte dal proprietario e lamentate da chi propose l'azione costituiscano turbamento, porta l'esame sul titolo costitutivo della servitù, confrontandola colle risultanze di fatto e limitando la sentenza al possessorio (3).

Anche in sede possessoria si debbono i titoli valutare, ogni qualvolta la loro valutazione non tragga seco apprezzamento di questione di merito, e così quai documenti probativi e dimostranti l'origine ed il carattere dei fatti che susseguirono. E questi principii ricevono applicazione anche nelle controversie relative al possesso di servitù negative, com'è quella, per esempio, che obbliga il proprietario del fondo superiore a lasciar defluire

(1) *Magistrat. d'Appello di Genova, V. Collez.* 1834, pag. 429, e 1836, pag. 277.
(2) *Cit. Sent.* 22 settembre 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVIII, 1, 165.
(3) *Cassaz. di Torino,* 13 luglio 1853; *Giur. ital.*, vol. V, 1, 667.

Digitized by Google

le acque colatizie a vantaggio del fondo inferiore, senza poter divertirle ad altri fondi (1).

228. Non v'ha cumulo, se per qualificare il possesso dell'uso d'acqua si tiene conto delle risultanze di perizie e di esami, che dicono le acque proprie di uno e come tali da lui possedute, e il giudice, ritenendo questa proprietà apparente, qualifica e considera manutenibile detto possesso in confronto del possesso precario dell'avversario. — I termini del dispositivo essendo ristretti alla elevata questione di possesso, detta investigazione non reca pregiudicio al merito, non toglie, cioè, che possa la proprietà impugnarsi in altra serie di giudizio (2).

Non si esce dai limiti del possessorio, quando elevasi e risolvesi il quesito, se l'attore abbia provato o no che un muro in quella parte, dalla quale voleva respingere l'appoggio di nuova opera del convenuto, lo possedesse come cosa sua esclusiva, oppure come cosa comune, per trarne la conseguenza della legittimità od illegittimità dell'appoggio suddetto. — Il giudice, facendo dipendere la ragione dell'attore dal possesso a titolo esclusivo di detta parte di muro, stette nei limiti della domanda possessoria; e non commise infrazione di legge, perchè, se in giudizi petitorii si decide definitivamente una questione di proprietà esclusiva o comune, nei giudizi possessorii deve decidersi, se vi sia possesso comune od esclusivo (3). E finisco con un esempio tratto da un nostro autore.

« Un fondo inferiore gode da lungo tempo il benefizio delle acque naturalmente defluenti dal fondo superiore, quand'ecco il proprietario di questo con opera nuova volge le acque altrove; il proprietario del fondo inferiore promuove l'azione possessoria, e produce una convenzione da cui appare che le acque in contesa furono formalmente vincolate a benefizio del fondo inferiore; e contro il titolo non s'oppone dal convenuto veruna specifica eccezione (4). Il giudice, consultando il titolo non conteso, senza timore di cumulare il petitorio col possessorio, manterrà l'attore nel pos-

(1) *Cassaz. di Torino*, 21 dicembre 1870; *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 988.

(2) *Cassaz. di Milano*, 21 dicembre 1860; *Giur. ital.*, vol. XII, 1, 732.

(3) *Cassaz. di Palermo*, 14 febbraio 1874; *Giur. ital.*, vol. XXVI, 1, 39.

(4) *Vedasi* però, a riguardo delle contestazioni sui titoli, l'opinione espressa al n° 222 ed in alcune delle riferite sentenze.

Digitized by Google

sesso, ordinando la distruzione delle opere nuove, che ne impediscono il deflusso naturale e convenzionale. In verità, l'obbligo assunto dal proprietario superiore di non usare altrimente delle proprie acque per lasciarle decorrere nel fondo inferiore, è una servitù negativa. Assottigliarsi per sostenere il contrario, che giova? E forse parrà che, godendosi le servitù negative, senza che il proprietario del fondo dominante abbia verun possesso di fatto sul fondo serviente, venga meno ogni ragione di consultare in sede possessoria i titoli valevoli a caratterizzare il possesso, quando non esiste verun possesso. Il vero è però, che, anche nell'uso di una servitù negativa, il titolo costitutivo della medesima caratterizza i fatti del godimento avutone dal fondo avvantaggiato, dimostrando in questi fatti l'esercizio di un diritto da una parte, e l'osservanza di un vincolo reale dall'altra, nel che consiste appunto l'essenza del possesso, quale lo definisce la legge. In conseguenza, anche a tutela della servitù *altius non tollendi*, imposta al vicino con titolo formale, prodotto in giudizio e non contestato specificamente, sarebbe ammessibile l'azione possessoria per impedire l'alzamento novellamente intrapreso, benchè, in verità, il proprietario, godente il prospetto, nulla abbia posseduto materialmente sulla casa più bassa del vicino. — Vengono in appoggio di questa tesi gli articoli 631, 637 del Codice Civile, che però vanno raffrontati coll'art. 540 (1). »

SEZIONE TERZA

Casi, nei quali fu giudicato esservi unione del possessorio col petitorio.

---

229. Secondo gli accennati principii di diritto il titolo e la legge possono, senza cumulo di possessorio e petitorio, invocarsi per conoscere la natura e determinare il carattere del possesso, con che però mai la parte dispositiva della sentenza ecceda i limiti del possessorio. — Stando sostanzialmente nel

(1) PESCATORE, *Filosofia e Dottrine giuridiche*, pag. 360 e 361.

Digitized by Google

dispositivo il giudizio, è evidente, che quantunque i motivi della sentenza fossero esclusivamente relativi al possessorio, la parte dispositiva tuttavia dichiarasse l'attore proprietario, o possessore e proprietario ad un tempo, vi sarebbe il cumulo vietato dalla legge.

La giurisprudenza francese ci suppedita pure alcuni esempi degni di nota (1).

Fayol avendo deposto del concime in un cortile, gli eredi Chabrière promossero azione di manutenzione, sostenendo che il cortile era comune tra di loro.

Fayol rispose che, a termini dell'art. 23 del Codice di Procedura, essi dovevano provare un possesso annale; egli sostenne che essi non ne avevano alcuno, ed offerse di provare che da dieci ed anche da venti anni egli aveva il possesso esclusivo del cortile.

Il giudice di pace, considerando che la esistenza di una porta, la quale comunicava immediatamente dalla casa degli eredi Chabrière nel cortile, giustificava sufficientemente il loro diritto di comunione; che questa comunione si verificava altronde colla esistenza delle finestre che erano nei muri dell'una e l'altra casa contigui al detto cortile; che questa comunione risultava inoltre da titoli scritti; che il possesso legittimo non era in principio che un'emanazione della proprietà almeno presunta della cosa che ne era l'oggetto, e che nella specie nulla indicava una proprietà esclusiva per parte del Fayol, reintegrò gli eredi Chabrière nel godimento della comunione del cortile, vietando al Fayol di deporvi per l'avvenire del concime.

Come si vede non si ha in tutto ciò una parola, che indichi il fatto del possesso o godimento annale, ed il dispositivo non può dirsi neanco limitato all'azione possessoria. Nondimeno questa sentenza fu confermata dal Tribunale civile di Valenza; ma venne cassata con sentenza pronunciata li 6 aprile 1824 (2).

(1) Sebbene gli esempi riferiti non sieno sempre e in tutto conformi alle opinioni avanti espresse e ad altri giudicati, ne torna utile l'esame ed il confronto pei motivi già addotti nell'ultima parte del n° 224. Vuolsi però notare che la differenza, derivando da varietà di casi, è talora più apparente che reale.

(2) GARNIER, pag. 164; DALLOZ, tom. 1, pag. 290; SIREY, tom. 24, par. I, pag. 281.

Digitized by Google

E fu pure giudicato esservi cumulo.

Nella sentenza del giudice di pace il quale, sopra un'azione di manutenzione per turbamento nel possesso di una strada, ammise il convenuto a provare, tanto col mezzo di titoli, che di testimonii, che l'attore non era proprietario della strada sul punto del passaggio indicato, nè sugli altri punti litigiosi, e non ne aveva che l'uso comune col pubblico: *10 giugno 1816.*

In quella, colla quale il giudice di pace avendo a decidere a quale dei due acquisitori di un medesimo terreno, l'uno della parte sequestrata dopo la denuncia, l'altro per aggiudicazione pubblica, dovesse profittare il possesso del precedente proprietario, rigettò l'istanza del primo per essere nullo il suo atto a termini dell'art. 692 del Codice di Procedura (1): *11 agosto 1819.*

Si censurò tuttavia questa sentenza perchè la vendita non fosse già solamente soggetta a rescissione, ma dall'articolo precitato dichiarata nulla di diritto, senza che fosse bisogno di farne pronunciare la nullità. Il giudice non doveva avervi alcun riguardo, poichè la nullità era evidente (2).

E si decise esservi cumulo nella sentenza, che mantenne il querelante, sulla sua domanda, non solamente nel suo possesso annale, ma anche nel suo possesso immemoriale dell'oggetto litigioso: *12 gennaio 1812;* ed *altra delli 15 luglio 1829.*

In quella che rifiutò di accogliere la domanda di manutenzione di un proprietario, il cui fondo costeggiava un'acqua corrente, relativa ad un attentato sul corso dell'acqua, per la ragione che li fossi di derivazione non fossero che l'esercizio della facoltà accordata dall'art. 644 del Codice francese (art. 543 del Codice patrio): *20 aprile 1824.*

In quella, con cui, dopo di avere riconosciuto che l'azione possessoria per l'otturamento di un corso d'acqua è fondato, il giudice ammise l'offerta del convenuto di sostituirvi un canale artificiale, e di ampliarlo per quanto sarebbe stato bisogno: *il 6 aprile 1831.*

(1) Questo articolo è così concepito: « *La partie saisie ne peut, à compter du jour de la dénonciation à elle faite de la saisie, aliéner les immeubles, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer.* »

(2) GARNIER, pag. 164; DALLOZ, tom. 1, pag. 312 e 316; SIREY, tom. 20, pag. 6.

Digitized by Google

In quella, con cui il giudice senza rifiutare il fatto del possesso annale allegato dall'attore, e senza ammettere il convenuto alla prova di un possesso contrario, si fondò unicamente sopra un semplice titolo, per aggiudicare il possesso al convenuto: *il 7 agosto 1833* (1).

E in quella in cui trattandosi di possesso di una servitù di presa d'acqua si fece ragione alla domanda possessoria; ma sulle difese del convenuto si ridusse il volume delle acque da prendere. Questa riduzione, non conforme alle risultanze e modalità del possesso annale, importava un giudizio di merito sulla servitù e sulla sua essenza: *Cassazione franc., 21 marzo, 1831*.

230. E passando alla giurisprudenza italiana, ecco alcuni altri esempi:

Il possesso attuale di un fondo congiunto a quello dell'autore dietro atto di acquisto, e il fatto turbativo del raccolto dei frutti per opera di un terzo, sono estremi sufficienti all'azione di manutenzione. — Ma il giudice deve limitarsi a conoscere, se l'atto di vendita escluda la precarietà; entrando nell'esame se chi fece la vendita poteva disporre della proprietà decide in conseguenza di tale esame, usurpa e cumula il petitorio (2).

Il giudice del possessorio può delibare il merito unicamente per caratterizzare la natura del possesso, e così prendere ad esame i titoli, ma solo estrinsecamente e quali testimonianze di possesso, onde ricavarne una prova maggiore e cercare la giusta estimazione dei fatti allegati come atti di possesso, non mai per rapporto ai diritti di proprietà. E se il giudice riconosce, non potersi statuire sull'azione possessoria senza decidere implicitamente sul merito, deve soprassedere. Non sempre, di fatto, si può mantenere inalterata la linea, che deve dividere il possessorio dal petitorio, non sempre la causa di possesso può procedere così separata e divisa da quella di merito, che la divisione dell'una non pregiudichi quella dell'altra. Vi hanno anzi casi, in cui il possessorio si compenetra e s'immedesima

(1) *Jur. du XIX siécle*, 1829, par. I, pag. 306; 1826, par. I, pag. 223; 1831, par. 1, pag. 413; 1833, par. I, pag. 747 e 750; GARNIER, pag. 165.

(2) *Cassaz. di Torino*, 10 luglio 1855; *Giur. ital.*, vol. VII, 1, 621.

Digitized by Google

per modo col petitorio, che non è possibile statuire sul possesso senza statuire sul merito (1).

In tema di servitù di passaggio il giudice deve restringere le proprie indagini al solo fatto del possesso e della allegata turbativa; e così occuparsi della questione relativa al mantenimento del possesso; il determinare perciò il luogo, ove, a minor danno del fondo serviente, debba essere esercitata la servitù, appartiene al giudice del petitorio. — Quando in effetto si contende l'esercizio della servitù su di un sito, piuttosto che in un altro, e si tratta così di designare questo sito, la questione tocca il petitorio (2).

Cumula i due giudizi chi, soccombente nel possessorio in grado di appello, ricorre dalla relativa sentenza in Cassazione, e agisce intanto in petitorio sino ad ottenere la decisione (3).

Si considerò, esservi cumulo d'azione nel caso, in cui il giudice ritenne non avere uno provato il fondamento dell'azione possessoria, cioè il possesso, per essere li relativi atti di significato equivoco e non concludenti, e per mancarvi persino le qualità di oltreannale, e tuttavia lo mantenne nel possesso, desumendo una presunzione di proprietà a favore del medesimo. Il giudice nella fattispecie aveva preso in esame e tenuto calcolo di ragioni attinenti puramente al petitorio, e non solo per colorare, ma per dar vita e valore giuridico a quegli atti stessi, che aveva prima riconosciuti e dichiarati senza significato e di nissuna portata (4).

231. Quando un tribunale, in tema di turbato possesso, anzi che aver riguardo alla condizione materiale dei luoghi ed avvertire che, per lo stato delle cose, l'acqua era destinata prima ad uno e poi ad un altro edifizio, consulta titoli, ricerca il carattere giuridico del possesso, e deduce conseguenze favorevoli all'operata novità, ristabiliendo antichi rapporti di diritto, quel tribunale confonde il possessorio col petitorio e viola la legge. — Nella fattispecie la condizione materiale del possesso ed uso

(1) *Cassaz. di Torino,* 23 gennaio 1868; *Giur. ital.,* vol. XX, 1, 53.
(2) *Corte di Parma,* 13 agosto 1860; *Giur. ital.,* vol. XII, 2, 859.
(3) *Cassaz. di Milano,* 24 febbraio 1865; *Giur. ital.,* vol. XVII, 1, 170.
(4) *Cassaz. di Torino,* 14 giugno 1870; *Giur. ital.,* vol. XXII, 1, 550.

Digitized by Google

dell'acqua non poteva essere altra che quella formata dalla natura stessa dei luoghi; e questa situazione naturale era stata evidentemente cambiata dal convenuto a tutto suo vantaggio e a danno dell'attore, mediante la formazione d'un ostacolo, che prima non esisteva. — Ma il tribunale non riconobbe in quest'atto una turbativa di possesso, perchè, a vece di apprezzare il fatto in rapporto al possesso medesimo, volle esaminare in quale relazione si trovasse colle convenzioni intervenute, molti anni addietro, tra gli autori dei contendenti (1).

Indagare se da un titolo antico possano derivare diritti contrarii al possesso materiale attuale ed annale, è interdetto al giudice in possessorio, il quale, constatato il possesso annale ed il concorso degli estremi dalla legge richiesti per la sua manutenzione, deve mantenervi il possessore. — Non può il giudice occuparsi di diritti per avventura possibili, nascenti da un titolo antico, ma solo consultare i fatti, quali si presentano materialmente ed attualmente (2).

Una sentenza, la quale in sede possessoria dichiarò che dalla comunione del muro deriva il diritto di rendere comune fra le parti il cortile, e che le finestre costituiscono una servitù *luminum*, confonde il possessorio col petitorio. La sola ricerca, che doveva farsi, era il fatto del possesso legittimo ed esclusivo del muro e delle finestre oltre l'anno, ed il pregiudizio a questo possesso arrecato dalle opere nuove; e doveva per conseguenza a questo solo oggetto limitarsi il giudicio (3).

Se per giustificare un'azione di possesso sia necessario di premettere l'esame della questione petitoria o di merito, il giudice del possessorio deve soprassedere, lasciando che le parti si provvedano in giudicio petitorio. Una disamina limitata allo scopo di conoscere se un possesso sia fondato su titolo, e se così lo si eserciti *jure domini* non cumula le due azioni; ma se eccede la sfera del possessorio sino al punto di spingere l'indagine del titolo per valutare il portato giuridico dei patti in esso contenuti e gli effetti che ne derivano, e se si risolvono per

(1) *Cassaz. di Torino*, 26 aprile 1867; *Giur. ital.*, vol. XIX, 1, 289.
(2) *Cassaz. di Torino*, 21 marzo 1868; *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 293.
(3) *Cassaz. di Palermo*, 6 aprile 1867; *Giur. ital.*, vol. XIX, 1, 235.

Digitized by Google

tal modo questioni di diritto anzi che di possesso, v'ha cumulo d'azioni, quantunque il dispositivo della sentenza si mantenga nei limiti del semplice possessorio (1).

Cumula il petitorio col possessorio, anzi giudica del primo e non del secondo la sentenza, che, sopra azione di reintegrazione nel possesso del diritto di pesca in fiume demaniale diniega la prova del possesso proposta dal turbato, per la considerazione che il convenuto avrebbe provato la sua privativa di pesca (2).

Una domanda di manutenzione nel possesso annale dell'uso di un'acqua e di un canale, in quanto serve all'attivazione di opifizio, può accogliersi dal giudice, se ristretta a quel mero possesso di fatto non equivoco e non precario, che ammette la manutenzione. Ma se le pretese si estendono alla manutenzione di un possesso esclusivo e pieno di tutto intiero il canale, invocato come conseguenza di proprietà, e circa al quale i testimoni accennano a fatti non consumati nell'anno, come sarebbe d'opere di muratura, di abbassamento dell'alveo o di altri fatti risalenti a più anni addietro, e non inducenti dati positivi di possesso legittimo ed esclusivo nell'anno anteriore alla molestia, siffatte pretese possono soltanto farsi valere in giudizio petitorio. — Può il giudice ai fatti anzidetti accennare incidentalmente per corroborare le prove di fatto inducenti il possesso annale, ma non valersene esclusivamente per dedurre da tali fatti inducenti dimostrazione di proprietà, la giustificazione di un possesso, che, per essere mantenuto, esige la prova dell'uso esclusivo, nell'anno anteriore al turbamento, di tutto quel corso d'acqua e dell'intiero canale. Eccede perciò la sfera del giudizio possessorio la discussione in ordine al valore dei suddetti fatti per trarne argomento di diritto esclusivo. E se è presunzione di legge che il proprietario di un edifizio debba intendersi possessore *animo domini* del canale, che vi conduce l'acqua, tale presunzione cessa, ossia diventa comune e non esclusiva, quando altri opifizi esistono lungo il canale (o anche quando le acque, che

(1) *Cassaz. di Torino*, 29 maggio 1868; *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 546.

(2) *Cassaz. di Torino*, 24 luglio 1872; *La Giur.*, 1872, pag. 630.

Ivi si legge pure che l'azione possessoria fra privati può anche esperirsi sopra un fiume demaniale. Il solo demanio potrebbe opporre l'eccezione di imprescrittibilità. *V.* anche *Sentenza* 18 aprile 1872; *La Giur.*, 1872, pag. 450.

Digitized by Google

vi scorrono, servono all'irrigazione). In tali casi v'ha presunzione di legittimità dell'uso dell'acqua quanto ai bisogni dell'opifizio, ma non presunzione legale di proprietà esclusiva del canale intiero, appunto perchè quell'uso, attesa la coesistenza di altri opifizi, più verosimilmente induce un titolo di comproprietà o di servitù, che non un titolo di possesso esclusivo *animo domini* (1).

Una sentenza profferita in giudizio possessorio, che prenda per punto di partenza opere anteriori all'anno e ordini la restituzione delle cose nel pristino stato, all'appoggio piuttosto di un titolo controverso che del possesso, e racchiuda per tal modo una disposizione, che abbia tratto al diritto, anzichè altro, contravviene al divieto di unire il possessorio al petitorio (2).

Non può ammettersi in materie possessorie la prova dell'acquisto di servitù di passaggio per mezzo di un possesso immemoriale, anteriore al Codice Civile Albertino, che mantenne la servitù di questa natura già prima acquistata col possesso (articolo 649); non potendo il possesso immemoriale equivalere a titolo, salvo un precedente accertamento della sua realtà e legittimità; e dovendo a vece apprezzarsi solo quanto è relativo al possesso annale, esercitato sotto la legge vigente. La prova di un possesso immemoriale, per dar colore al possesso attuale, involve evidentemente una pregiudiciale cognizione del petitorio (3), non potendosi giudicare nel possessorio, senza troncare previamente e radicalmente la causa in petitorio (4).

232. La Corte di Cassazione di Napoli (5) decise la seguente questione: — La signora Morabito, quale amministratrice degli eredi del fu Saverio Longo, ebbe per atto 24 maggio 1868 da Teresa Longo la vendita di una determinata estensione del fondo Silvano con designati confini, e ne ottenne il possesso. — La Longo con atto 1862 aveva contratto colli Francesco e Nicolantonio Positano un mutuo, con patto che, mancando essa alla

(1) *Cassaz. di Torino*, 2 maggio 1856; *Giur. ital.*, vol. VIII, 1, 493.

(2) *Cassaz. di Torino*, 21 giugno 1860; *Giur. ital.*, vol. XII, 1, 281.

(3) *Cassaz. di Torino*, 7 gennaio 1850; *Giur. ital.*, vol. II, 1, 1. *Vedasi* pure vol. XXIII, 1, 109; MANTELLI, vol. 5, pag. 205 e seg.

(4) *V.* n° 159.

(5) *Sent.* 4 agosto 1874; *Giur. ital.*, vol. XXVI, 1, 910.

Digitized by Google

soddisfazione nel dì prefisso, s'intendeva venduto ai mutuanti tanta estensione di quel fondo Silvano da corrispondere alla mutuata somma, interessi e spese, a giudizio di perito a destinarsi dal pretore. — Non pagato il debito, i mutuanti instituirono giudizio per aver assegnata la parte del fondo condizionatamente venduta ed ottenerne il rilascio; e, con sentenze 2 agosto e 14 ottobre 1870 venne determinata la estensione del fondo Silvano da assegnarsi e rilasciarsi; ed in seguito, per verbale delli 9 dicembre dello stesso anno, li Positano vennero ammessi nel possesso di cinque zone di quel predio, tra le quali era quella già ceduta come avanti alla Morabito.

Con atto 25 novembre 1871 quest'ultima conveniva il Francesco Positano avanti il Pretore di Gerace, ed accennando al titolo di acquisto 1868 ed al legittimo possesso, in cui diceva essere stata, della zona cedutale in pagamento, e dolendosi di esserne stata turbata da detto Positano, il quale nel giorno 13 di quel mese espelleva dal fondo le persone, che essa aveva mandato a raccogliere gli aranci, agiva in via possessoria e chiedeva il risarcimento dei danni. Il pretore ammetteva l'attrice a provare con titoli e testimoni il possesso e la turbativa. Il Positano denunciò in appello la sentenza emanata, sostenendo, non commettere turbativa colui, che viene immesso nel possesso d'ordine del magistrato; non avere la Morabito possesso legittimo *animo domini* e proprio; essersi dal pretore confuso il petitorio col possessorio; e non essere più ammessibile l'azione, perchè non diretta contro entrambi gli acquirenti, ma soltanto contro esso Francesco; cosicchè, rispetto al Nicolantonio, era già trascorso l'anno dalla pretesa turbativa, e conseguentemente dovendo questi essere conservato nel suo possesso, la domanda dell'attrice non avrebbe condotto ad utile risultato.

Il tribunale accogliendo i primi tre motivi d'appello, con sentenza 7 settembre 1872, rivocava il pronunciato del pretore e dichiarava inammessibile l'azione per turbativa, salvo alla signora Morabito il diritto di proprietà da esperimentarsi in via petitoria.

Contro siffatta sentenza ricorse costei in Cassazione, sostenendo con isvariati mezzi, essersi scambiata la vera questione da risolvere, snaturata l'indole dell'azione e del giudizio, e confuso così il

Digitized by Google

petitorio col possessorio, e quindi violate le relative disposizioni di legge e disconosciuta la portata e gli effetti del giudicato 1870, applicandolo contro il terzo.

E la Corte di Cassazione osservò in diritto che le due prime denunziate violazioni stavano a cappello nel riscontro dei fatti innanzi ricordati. « Per fermo, primo dovere del magistrato è quello di rispondere alla domanda, giusta il precetto contenuto nella legge 18, *Dig. comm. dividundo*, e costantemente mantenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza. *Sententia debet esse libello conformis; et potestas judicis ultra id quod in judicium deductum est, excedere non potest.*

« Ora che mai veniva deducendo la signora Morabito nella sua domanda iniziatrice del giudizio? Allegava essa di possedere in base di un titolo autentico pacificamente, senza interruzione da oltre un anno e con animo di padrone, il fondo Silvano; e di essere stata turbata in tal possesso dal signor Positano. Debito del magistrato era di rispondere a tale istanza; e bene decideva il pretore, quando, non vedendo provato il possesso e la turbativa nei sensi dell'art. 694 del Codice Civile, ne ordinava la prova. Laonde il tribunale non adempiva al precetto della legge, ma la violava apertamente, allorchè, seguendo le importune eccezioni del convenuto, si faceva a risolvere una questione diversa, che trasportando la causa sopra indagini di puro diritto, riflettenti la prevalenza del possesso del convenuto su quello dell'attrice, aveva preoccupato e tolto di mezzo l'unico e preventivo esame della qualità del possesso dell'attrice, e del fatto onde era stato turbata.

« E da ciò emana altra più sagliente violazione di legge, che consiste nell'essersi snaturata e disconosciuta l'indole dell'azione possessoria in base dell'art. 694. E per vero, la legge con la prefata disposizione intende a tutelare il possesso legittimo, fosse pur non sussidiato da titolo di trasferimento del dominio, che nella specie per altro non difettava. Ora l'atto istitutivo del giudizio, accennando al possesso pacifico, non interrotto, non equivoco, e con animo di padrone della zona del fondo Silvano trasferto nei minori Longo, rappresentati dalla signora Morabito, acchiudeva proprio gli elementi dell'azione possessoria, di cui

Digitized by Google

è motto nel citato art. 694, fondato sul precedente art. 686, onde è determinata la legittimità del possesso.

« Sicchè il tribunale, accogliendo con soverchia precipitanza la eccezione del convenuto, accennante all'inammessibilità della azione per essere stato a lui trasferito il possesso dell'identico fondo, mercè verbale d'usciere al seguito del giudicato del 1870, e discutendo *in jure* della prevalenza di cotesto possesso, anche sotto il rapporto della efficacia del giudicato suddetto contro l'attrice avente causa da colei, contro di cui era stato proferito, ha disconosciuta l'indole dell'azione istituita; il cui scopo doveva risolversi nel dar favore al possesso attuale e materiale, purchè legittimo, sul possesso di diritto anche del vero proprietario. E questo supremo Collegio non ha d'uopo di venire dimostrando con copia di argomenti l'addotta verità, che è il principio direttivo e la pietra angolare, su cui posa tutta la teorica delle azioni possessorie nel diritto vigente.

« E non approda l'obbiettare, come sollevata la eccezione di inammessibilità perentoria dell'azione, stava pure nel cómpito del tribunale di esaurirla. Sul proposito occorre riflettere che al convenuto non era consentito di fuorviare dall'azione con eccezioni importune, e fuori luogo e tempo. Nei giudizi tutto è coordinato al fine supremo d'impartire giustizia con piena cognizione di causa, dando il suo a cui spetta: *unicuique suum*. Ora se la difesa del convenuto trasportava la questione dal campo del fatto, in cui doveva rimanere e decidersi, a quello del diritto dei contendenti, il che riusciva all'indagine sulla spettanza dello immobile, mercè l'esame dei due titoli di trasferimento, si vede chiaro che il tribunale violava la legge, allorchè, facendo buon viso alla eccezione del convenuto, dichiarava la prevalenza del costui titolo su quello dell'attrice.

« Le osservate cose riescono a fare aperta altra più grave violazione al testo dell'art. 445 del Codice di Procedura Civile. Quivi la legge sancisce in modo assoluto che il giudizio possessorio, finchè non sia pronunziata la sentenza e questa non sia eseguita interamente, impedisce al convenuto di promovere il giudizio petitorio, salvo che rinunzi agli atti e paghi le spese. Questo dettato non è che il ricordo della regola scritta nello

Digitized by Google

articolo 129 L.L. di Pr. Civ. abolite, che cioè il possessorio ed il petitorio non possono essere giammai cumulati insieme. E derivando siffatta regola da alte vedute di ragione sociale, dalla vecchia giurisprudenza era ritenuta di diritto pubblico, a talchè si professava il principio, che le parti non potevano consentire a tale cumulazione per non turbare l'ordine dei giudizi. »

Ciò premesso, la Corte osservò ancora che il tribunale, nel discutere la eccezione d'inammessibilità, avendo portato giudizio sulla effettiva trasmissione di dominio dalla Teresa Longo nei Positano, con metterla in riscontro della cessione *in solutum* della parte del fondo Silvano ai minori rappresentati dalla Marabito, e rilevati alcuni vizi di questa cessione, avendo dato prevalenza ai diritti delli Positano sui diritti dei detti minori, cumulò patentemente i due giudizi. — E aggiunse inoltre che questi errori dispensavano da enumerarne altri non meno gravi, come sarebbe quello d'aver esteso l'effetto del giudicato 1870 all'avente causa a titolo singolare, che aveva per contro un diritto proprio a respingerlo come *res inter alios*. E quindi cassò la sentenza del tribunale.

233. Pescatore (1), alla cui dottrina già più volte si ricorse, a sostegno del principio secondo cui deve il pretore dichiararsi incompetente e rinviare le parti alla giurisdizione del petitorio, ogniqualvolta il possessorio e il petitorio sono indivisibilmente connessi, riferisce due sentenze della Corte di Cassazione di Torino; ed eccone le fattispecie. L'autorità comunale occupa, come faciente parte di strada pubblica e indebitamente usurpato, un terreno posseduto da privato da parecchi anni; questi chiede al pretore la manutenzione in possesso; il sindaco risponde, non darsi possesso manutenibile delle cose pubbliche ed imprescrittibili; quegli replica che la destinazione ad uso pubblico del suolo, forse altra volta occupato dalla pretesa strada, cessò per dissuetudine o in altro modo legittimo, e ricadde così nella classe dei beni patrimoniali. Eccovi dunque, dice lo scrittore, in un giudizio sul possesso il caso di una questione pregiudiciale attinente al petitorio e indivisibilmente connessa, dovendosi anzitutto decidere se il carattere di strada pubblica sussista o

(1) *Filosofia e Dottrine giuridiche*, pag. 355 e 356.

Digitized by Google

sia legalmente cessato, e così una questione di merito. Il Codice Albertino nel dichiarare imprescrittibile la servitù di passaggio col solo possesso, presunto precario se scompagnato da titolo, soggiungeva: *Nullameno le servitù di passaggio per servizio di certi determinati fondi possono anche acquistarsi col possesso di trent'anni; semprechè non esista altro passaggio sufficiente per servizio degli stessi fondi.* In giudizio di possesso annale il convenuto oppone, non essere manutenibile il possesso perchè non atto a prescrivere; e l'attore replica che nel caso il possesso è atto a prescrivere e però manutenibile, perchè l'altro passaggio indicato dal convenuto ed esistente di fatto si trova in condizioni tali di distanza e di poco praticabilità, da non potersi giudicare *sufficiente* al servizio del suo fondo, e chiede al pretore che sia istrutta e giudicata la causa su questo punto. Il pretore è incompetente; la *sufficienza* dell'altro passaggio sarà pure la questione, che si riprodurrà nel giudizio di merito. — E la Corte cassò nei due accennati casi le sentenze, che statuirono in via di possessorio sopra questioni attinenti al petitorio.

SEZIONE QUARTA

Riassunto.

234. Dai concetti svolti e dagli esempi addotti si deducono le differenze che intercedono tra le azioni possessorie e le azioni petitorie, e la causa ed il fine che determinarono il legislatore alla instituzione delle prime e alla loro separazione dalle seconde. Ma ad un tempo si scorge come nell'apprezzamento dei fatti e dei titoli e nella conseguente applicazione dei principii di diritto ai moltiformi casi incontrinsi talora non lievi difficoltà nel determinare i giusti limiti che separano le due azioni, genericamente fissati dalla legge. E ciò per molte cause, ma specialmente in conseguenza del contrasto del canone di ragione

Digitized by Google

giuridica, che permette in giudizio possessorio l'esame dei titoli, coll'altro canone che divieta il cumulo delle due azioni. Ne consegue quindi che in giurisprudenza non sempre uniforme e sicura si presenta, per l'applicazione pratica, l'interpretazione del principio legislativo. Sembra anzi che talvolta si confonda la illegalità, la ingiustizia o la nullità di una sentenza in possessorio colla violazione del detto divieto.

Può difatti violarsi la legge con omettere l'esame sul carattere del possesso, con travisarne il concetto e la portata, con confondere negli apprezzamenti il giudizio possessorio col petitorio per non essersi il giudice formato una chiara e precisa idea del primo, o anche coll'incorrere in contraddizioni tra i motivi ed il dispositivo della sentenza, sì che manchi o sia errorata la ragione del giudicato; ma tutto ciò si risolve in un difetto di disamina o di raziocinio, in una inversione dell'ordine delle prove, in un'errorata motivazione, anzichè in un cumulo delle due azioni (1) semprechè naturalmente il dispositivo sia limitato al possessorio.

La natura del giudizio è sempre determinata dalla domanda, e se questa è esplicitamente possessoria mal può assumere la natura del giudizio petitorio, perchè l'attore adduca a sostegno di sua azione ragioni di merito. E così pure la sentenza, che decide puramente la questione possessoria, non si trasforma in un giudicato sul petitorio, perchè prenda a suo fondamento il diritto anzichè il possesso, o cada altrimenti in errore nelle sue premesse. Non vuolsi confondere un fatto di violazione della legge, che determina e regola le azioni possessorie, col fatto di detto cumulo, potendo quello commettersi senza incorrersi in questo.

La sentenza in sostanza puramente attributiva del possesso potrà essere riparata od annullata per difetto di apprezzamento delle risultanze processuali, per mala interpretazione di legge, per motivi errorati, contraddicenti, od estranei al giudizio del possesso, e non essere riprovata o annullata per infrazione al divieto di cumulare il possessorio col petitorio.

(1) *V.* anche la *Sentenza* 1° febbraio 1872 della *Corte di Cassaz. di Torino; La Giur.*, 1872, pag. 196.

Digitized by Google

Passando poi ad altre considerazioni, può dirsi, essere incontestabile la massima, che il giudice possa e debba, per la cognizione e definizione della causa possessoria, procedere ad una diligente sintesi di tutti gli elementi materiali e razionali che costituiscono il giudizio, per trarne le logiche conseguenze e applicare rettamente ai singoli casi il principio generale; e che conseguentemente nell'estimazione di questi elementi non debba il giudice essere vincolato da limiti che circoscrivano la sfera ed il criterio di sue deduzioni, nei rapporti massime dei mezzi al fine, e ne inceppino così la ragione e la coscienza.

E ne viene perciò anche per legittimo corollario, che del divieto di cumulare il possessorio col petitorio non vuolsi esagerare il principio, ed estenderne l'applicazione oltre li suoi termini naturali; ma devesi a vece restringere ai casi, in cui non è possibile conoscere della apparente legittimità di atti possessorii senza previamente risolvere in modo definitivo la quistione di diritto, e così ai casi in cui questa si presenta come tema principale ed assoluto da decidersi in via preliminare, e non già come questione accessoria, connessa a quella del possesso, ed esplicativa dell'origine e della natura del possesso stesso.

Il giudice dovendo pertanto, giusta le sovrafatte osservazioni, avere la facoltà di valersi di tutti i mezzi di prova ammessi dalla legge e necessari all'adempimento del suo officio, e così di fare tutte le indagini che possono guidarlo a risolvere la questione sottoposta al suo giudizio, può pur sempre consultare i titoli, considerandoli nella loro relazione col tema proposto, e come prove di fatto che escludendo la precarietà del possesso gli attribuiscono un carattere giuridico, e, in ispecie, l'esercizio *animo domini*.

Sia pure il titolo impugnato per nullità o per inefficacia, come affetto da vizi estrinseci od intrinseci, il giudice del possessorio ne prende cognizione non per giudicarne la validità o l'efficacia, ma unicamente per indagare e conoscere nel fatto del possesso, spiegato dal titolo, se vesta o non un carattere di legittimità. — Egli conseguentemente lo prende in considerazione, non per trarne argomento di proprietà e dichiararlo attributivo di un

Digitized by Google

diritto, ma solo per ricavare un elemento probativo, atto a spiegare la causa e la qualità degli atti possessorii.

Quando il fatto del possesso concorda colle risultanze del titolo, sia esso scritto o derivi dalle disposizioni della legge, è naturale ed è logico, che se ne interpreti l'esercizio come la conseguenza e l'attuazione del diritto che presuntivamente ed apparentemente deriva dal titolo: cosicchè il giudice riservando al petitorio la decisione in merito, proferisce legalmente il suo giudizio in possessorio.

Digitized by Google

CAPO TERZO

Persone che possono promovere le azioni possessorie o difendersi. — Responsabilità civile.

---

§ I.

235. Già si trattò delle persone in ordine ai giuridici loro rapporti coi beni suscettivi di azione possessoria e coi fatti, che possono giustificarla (1). — Non è tuttavia inopportuno di fermarsi ancora brevemente su tale tema, tanto più che nell'indagine a chi, o contro chi competa l'azione, si deve spesse volte addentrarsi nella ragione e nello scopo dell'azione stessa.

La capacità necessaria all'esercizio dell'azione possessoria dipende in effetto da due diverse cause: la prima cioè deriva dalla natura della cosa, che forma l'oggetto dell'azione; la seconda dallo stato della persona, che pretende esercitare quest'azione. E ne procedono quindi due sorta di capacità, l'una qualificata *reale*, l'altra *personale* (2).

(1) N^i 53, 60, 63, 64, 65, 66, 82, 83, 100, 101, 102, 176, 179, 190, ecc., 200, 201.

(2) Dalloz, *Act. poss.*, n° 510.

Nell'*Archivio giuridico*, opera periodica altamente stimata pei dotti scritti di illustri giureconsulti, si legge: « Nel possesso si tutelano atti che possono elevarsi al grado di diritto e costituire la proprietà. E questa fu presa in considerazione nel determinare la capacità di possedere; e quindi la si denegò a coloro, che, quantunque capaci di volere, sono incapaci di avere la proprietà. Viceversa, benchè siano incapaci di volontà, si ritennero capaci di possedere (a mezzo di un rappresentante) i fanciulli, i mentecatti e le persone giuridiche, per farli partecipare ai vantaggi del possesso. Essendo poi ordinariamente il fatto (possesso) associato al diritto (proprietà), per cui gl'interdetti possessorii riescono in pratica un suo presidio utilissimo, aggiunto alla *publ.* ed alla *rei vindic.*, così i vocaboli *possesso, possedere,* non solo nel linguaggio comune, ma eziandio nelle fonti, sono adoperati altresì per significare la proprietà, pareggiando così il fatto al diritto. *Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat, sicut in eo qui possessiones suas legasset, responsum est. — Leg.* 78, *De verb. signif.* »

Digitized by Google

Naturalmente a proporre la domanda in giudizio, od a contraddirvi, occorre anzitutto di avervi qualità ed interesse; per cui l'azione possessoria spetta in genere ai possessori turbati o spogliati del possesso e la difesa a chi operò il fatto, che diede origine all'azione.

E, principiando dalla capacità personale, si presenta tosto alla mente la considerazione che, avendo le azioni possessorie uno scopo essenzialmente conservativo, il loro esercizio costituisce un atto d'amministrazione. Perciò gli amministratori, a cui incombe l'obbligo della conservazione dei beni loro affidati, e così di tutelare le ragioni dei loro amministrati e l'integrità delle cose che amministrano, hanno non solo la podestà, ma il dovere di difenderne il possesso coi rimedi possessorii. Il mandato, che concepito in termini generali non comprende che gli atti d'amministrazione, a senso dell'art. 1741, fu sempre ravvisato sufficiente ad autorizzare la istituzione del giudizio possessorio.

L'azione possessoria, che risguardi il figlio di famiglia, può dal padre, o dalla madre, a cui sia passata la patria podestà, promuoversi, senza che occorra autorizzazione. — E così pure l'azione che interessa minori ed interdetti, dal tutore, senza bisogno di autorizzazione del consiglio di famiglia (articoli 224, 296, 329). Non potrebbesi di certo ravvisare nel genitore, investito della patria podestà, e nel tutore, mandatari legali dei minorenni o degl'interdetti, un diritto minore di quello spettante ad un ordinario mandatario generale. — Il concetto della legge altronde si rivela chiaro dai citati articoli; e siccome poteva nascere un dubbio rispetto al tutore, i cui poteri sono minori di quelli spettanti al padre di famiglia, venne questo dubbio tolto dal capoverso dell'art. 296.

Anche il minorenne emancipato ed il maggiore inabilitato possono far valere quest'azione senza l'assistenza del curatore, trattandosi di atto non eccedente l'amministrazione.

Il curatore nominato all'assente, finchè l'assenza è solo presunta e non dichiarata, e così pure le persone immesse in seguito nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, sono

Digitized by Google

autorizzati ad esercitare le azioni possessorie, dovendo tutelarne le ragioni (articoli 21 e 28).

236. La podestà maritale conferendo al marito l'amministrazione, durante il matrimonio, dei beni dotali e il diritto di agire contro i detentori di tali beni (art. 1399), può esso agire in possessorio. Nel caso però di giudiciale separazione della dote dai beni del marito, la moglie ne ha la libera amministrazione (art. 1424): ed essa la può difendere coi rimedi possessorii, senza autorizzazione od assistenza del marito. E così pure a riguardo dei beni parafernali, dei quali ritiene il dominio, l'amministrazione e il godimento (art. 1427). L'autorizzazione del marito è soltanto richiesta per gli atti precisati all'art. 134 del Codice Civile.

Se poi si tratta di beni cadenti nella comunione dei coniugi, costituita nel contratto di matrimonio, l'amministrazione spetta esclusivamente al marito, e a lui quindi incombe di difendere in giudicio le ragioni della comunione, e in ispecie di promovere le azioni possessorie (1438).

Il possesso dei beni del defunto passando di diritto nell'erede, senza bisogno di materiale apprensione, basta la qualità ereditaria per l'esercizio delle azioni possessorie, quand'anche siasi assunta col beneficio dell'inventario. E anzi, durante gli stessi termini concessi per fare l'inventario, può e deve l'erede chiamato alla successione, anche senza assumerne la qualità, tutelarne le ragioni e così promovere le azioni possessorie nel caso di turbamento o di spoglio (articoli 925, 964 e 969).

237. I Corpi morali, aventi personalità giuridica, sono rappresentati dai loro amministratori nei giudizi possessorii, secondo le norme stabilite dalle leggi o dai loro statuti. Potendo possedere hanno diritto alla tutela del possesso per mezzo delle azioni accordate dalla legge (1).

Ai Comuni è tolta la facoltà d'intentare un'azione relativa a diritti reali, senza una deliberazione del Consiglio comunale e

(1) Art. 8, 426, 428, 432, 433, 434 e 2114 del *Cod. Civ.* Circa alla rappresentanza in giudicio delle amministrazioni dello Stato, così attrici come convenute, *veggasi* la *Legge* 20 marzo 1865, all. E, ed il *Regolamento* per l'esecuzione della medesima, coll'annessa tabella.

Digitized by Google

l'autorizzazione della Deputazione provinciale; ma per l'esercizio delle azioni possessorie basta una deliberazione della Giunta municipale (1).

Le società civili e commerciali, possedendo come enti morali, hanno naturalmente diritto alla difesa dei loro possessi col mezzo dei rimedi possessorii. L'esercizio ne spetta a quello tra i soci, a cui è affidata l'amministrazione; e nei casi speciali di associazioni, in cui non vi sono amministratori all'uopo eletti, questo diritto compete a ciascuno dei soci, salvo agli altri d'intervenirvi. Si presume in quest'ultimo caso che i soci siensi data reciprocamente la facoltà di amministrare; e l'operato di uno è valido anche rispetto ai consoci (2).

La dichiarazione di fallimento trasferendo il possesso e l'amministrazione, o, come dice un erudito scrittore, il *governo in titolo del patrimonio del fallito* alla massa dei creditori, rappresentata dal sindaco, spetta a costui di farne valere le azioni utili, e così di promovere quelle possessorie.

238. L'utente di una strada privata, soggetta a servitù pubblica, ha eziandio qualità per intentare simile azione, se turbato nell'esercizio del suo possesso. E così pure, se per opera novativa di un privato sopra una strada pubblica, uno si vegga tolto o reso deteriore e difficile il passaggio, che da detta strada mette ne' suoi fondi (3), come si è già a suo luogo dimostrato.

Nei rapporti poi fra Stati indipendenti la situazione della cosa forma titolo esclusivo di giurisdizione per quello degli Stati, nel cui territorio è posta; epperciò anche lo straniero, se viene turbato o spogliato del possesso di cosa esistente sul territorio del Regno d'Italia da un cittadino dello Stato o da un altro straniero, può promuovere l'azione possessoria avanti l'autorità giudiziaria del luogo, ove esiste la cosa che ne forma l'oggetto. E può alla sua volta essere convenuto, se commette turbamento o spoglio del possesso di cosa esistente sul territorio italiano, quand'anche non abbia ivi la sua residenza, nè vi si trovi (4); e senza che

(1) *Legge Comunale* 20 marzo 1865, all. A, art. 93, n^{i} 12 e 144.

(2) *Cod. Civ.*, art. 1720, 1721, 1722 e 1723; *Cod. Comm.*, art. 108, 114, 119, 126, 129, 138, 139, 177, 184, 546, 551, 552, 568, 599, ecc.

(3) *Giur. ital.*, vol. IX, 1, 129, e vol. XIII, 2, 322.

(4) Art. 105 e 107 del *Cod. di Proc. Civ.*

Digitized by Google

all'uopo occorra un trattato internazionale, costitutivo del diritto di reciprocità. — È questa una conseguenza del principio d'indivisibilità della sovranità nazionale e di sua essenza.

La legge equipara pure in tal parte le cose mobili agl'immobili e non richiede la citazione del convenuto in persona e sul luogo, ove trovasi la cosa mobile, a senso delle generali determinazioni dell'art. 91, non contemplando questo articolo che la posizione del cittadino dello Stato.

Tutti quelli infine, i quali hanno la capacità legale d'intentare personalmente o col ministero dei loro rappresentanti le azioni possessorie, possono in ugual modo essere convenuti a rispondere del fatto, che diede luogo all'azione, e difendersi.

§ II.

239. Sulla capacità reale occorrono poche osservazioni, per essere il tema già stato trattato, come pur di sopra avvertivasi. In tesi generale, l'azione possessoria compete a chiunque sia turbato nel possesso di un immobile, diritto reale, o universalità di mobili, o sia stato spogliato in modo violento od occulto della detenzione di una cosa mobile od immobile.

Uno che possieda con altri una cosa indivisa, può promuovere anche senza il concorso dei compossessori le azioni possessorie, o difendersene, trattandosi di ragione che rispetto alla cosa indivisa, e così avuto riguardo al modo con cui la considerano le parti cointeressate, costituisce un diritto indivisibile.

Possono anche promuoversi da un comproprietario contro l'altro, quando uno di essi commetta atti diretti a distrurre la comunione del possesso ed a stabilire a vece un possesso ad esclusivo suo nome e profitto (1).

Della ragione a intentare siffatte azioni, spettante all'usufruttuario e ad altri aventi diritti reali sulle cose, già si trattò diffusamente a suo luogo. — E si svolsero pure i principii, dietro

(1) *Leg.* 1, § 7, *Dig., Uti poss.; Cassaz. di Napoli,* 22 settembre 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVIII, 1, 165.

Digitized by Google

cui è diniegato l'esercizio dell'azione di manutenzione al conduttore e ad altri simili detentori precarii (1).

Ci limitiamo quindi a ricordare, quanto al conduttore, la massima, secondo cui *Qui ex conducto possidet, quamvis corporaliter teneat, non tamen sibi, sed domino rei creditur possidere.* — Perciò il conduttore, turbato nel possesso e così nei diritti a lui garantiti dalla locazione, da un terzo che pretenda ragioni di dominio sulla cosa locata, non ha altro mezzo che di denunciare la molestia al locatore, onde si assuma la difesa della contestata proprietà o possesso e gli garantisca l'uso della cosa locata (2).

240. Ma, nel caso di spoglio violento od occulto, anche l'affittaiuolo e ogni altro qualsiasi possessore precario possono agire in reintegrazione. — Questo diritto dei possessori precarii non toglie però che lo stesso proprietario, spogliato in loro persona, possa esercitare l'azione di reintegrazione, avendone tutto l'interesse ed il diritto, e potendo altronde detti possessori per incuria o mal animo, o per fidanza nel proprietario, cui abbiano denunciato lo spoglio, ommetterne l'instanza.

Il venditore, il quale trovasi ancora al godimento e possesso della cosa venduta, può provvedersi in possessorio, se viene turbato o spogliato da un terzo. Avendo l'obbligo di consegnare la cosa al compratore nel termine convenuto, e continuando intanto nel primitivo suo possesso, ha tutto l'interesse ed il diritto di agire per far cessare gli ostacoli, che si frappongono alla tradizione e al libero godimento della cosa (3).

L'acquisitore può eziandio alla sua volta agire in possessorio, entro l'anno dell'attentato al possesso, quantunque anteriore all'acquisto.

— E può tanto più continuare un'istanza già prima promossa dal venditore, approfittando del costui possesso e dell'iniziato giudizio (4).

(1) N° 100 e seg.; 60 e seg.

(2) *Leg.* 11, *Dig., De usucap.; Cassaz. di Milano*, 5 luglio 1860; *Giur. ital.*, vol. XII, 1, 343.

(3) *Cassaz. di Torino*, 4 luglio 1872; *La Giur.*, 1872, pag. 595.

(4) *Cod. Civ.*, art. 693 capov.; GARNIER, *Act. poss.*, pag. 154; *Cassaz. franc.*, 6 frimajo, anno XIV.

Digitized by Google

§ III.

241. L'azione possessoria può intentarsi contro i conduttori e contro ogni altro possessore precario, per ragione di un fatto loro personale e che rivesta i caratteri di una molestia al possesso o di uno spoglio (1), salvo il loro richiamo al proprietario, se credono averne ragione.

La risponsabilità di un attentato al possesso può anche risalire su coloro, che sono risponsabili del danno arrecato col fatto delle persone, delle quali devono rispondere, a senso dell'art. 1153 del Codice Civile. E in questi casi possono convenirsi in giudicio l'autore del fatto e la persona risponsabile, come solidariamente obbligati.

Fu giudicato, in ordine alla risponsabilità civile, che non essendo il mezzaiuolo un semplice servo del proprietario dei beni datigli a mezzadria, non è il proprietario risponsabile di uno qualsiasi fatto arbitrario commesso dal primo sugli stessi beni, e da cui sia derivato danno e molestia all'altrui possesso (2).

Se per contro un fattore di campagna, nell'eseguire un qualche lavoro necessario od opportuno alla coltura, come potrebbe essere l'escavazione di un fosso, danneggia e turba il vicino nel suo possesso, il padrone è civilmente risponsabile delle conseguenze, tuttochè non abbia dato ordini od istruzioni, e non sia punto connivente nel fatto turbativo. La colpa del padrone e la conseguente risponsabilità risalgono sino alla causa remota e mediata del danno, consistente nella cattiva scelta, che esso fece della persona del suo commesso (3).

242. Una seria questione si agita da assai tempo, sul punto se l'azione possessoria possa intentarsi contro un terzo, che abbia acquistato una cosa da chi soltanto la riteneva per causa di commesso spoglio.

Le parole testuali dell'articolo 695, che dànno azione contro

(1) *Cassaz. di Napoli*, 18 maggio 1865; *Giur. ital.*, vol. XVII, 1, 310.
(2) *Cassaz. di Torino*, 3 maggio 1872; *Giur. ital.*, vol. XXIV, 1, 300.
(3) *Cassaz. di Torino*, 7 aprile 1875; *Giornale delle Leggi*, anno VI, pag. 357.

Digitized by Google

l'autore dello spoglio, appaiono assai ristrettive e quasi costituenti un'azione puramente personale; e ne nacque quindi e tuttavia esiste divergenza di opinioni.

Alcuni sostengono che per risolvere la questione vuolsi distinguere tra l'acquisitore di buona fede e quello di mala fede, che acquisti la cosa colla scienza di sua provenienza da spoglio violento od occulto.

In quest'ultimo caso, essi dicono, costui anzichè qual terzo possessore compare come un ausiliario, un complice, il quale non solo coopera all'effettuazione dello spoglio, ma tenta persino di sottrarlo alla sanzione della legge, che obbliga alla restituzione della cosa, indipendentemente da ogni ricerca sulla proprietà e sulla natura del possesso.

Può opporsi, aggiungono, che nel possesso non si richiede la buona fede; ma se la mala fede del possesso non è d'ostacolo alla manutenzione e alla prescrizione, quando il possesso riveste i caratteri estrinseci voluti dalla legge, ben altro è il caso, in cui si abbia la coscienza del colpevole fatto e del conseguente obbligo di rimettere lo spogliato nella condizione primitiva. Dalla consapevolezza dello spoglio deriva la risponsabilità della restituzione. Sebbene l'azione di reintegrazione abbia un effetto reale, è però personale nella sua essenza; epperciò anche sotto tale aspetto l'acquirente resta colpito per la sua dolosa partecipazione.

Per sorreggere questa opinione in un soggetto, che dicono d'ordine e di moralità, ricorrono eziandio al diritto canonico, nel quale sta scritto: *Sæpe contingit quod spoliatus per spoliatorem in alium re transacta, dum adversus possessorem non subvenitur, per restitutionis beneficium eidem spoliatio, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum, juris proprietatis amittit effectum. Unde, non obstante juris civilis rigore, sancimus, ut si quis de extero scienter rem talem receperit, cum spoliatori quasi succedat in vitium contra possessorem huiusmodi, spoliatio per restitutionis beneficium succurratur* (1).

(1) Capo *Sæpe contingit*, 18, *De restit. spol.*; Lib. XI delle *Decretali*.

Digitized by Google

E osservano, in ultimo, che la difficoltà sta tutta nel determinare la consapevolezza e nel darne la prova; ma che a risolverla sono ammesse la presunzione e la congettura; e spetta alla prudenza del giudice di apprezzare questa prova indiretta, traendo dalle circostanze e fatti riconosciuti le conseguenze logiche. Quando, per esempio, il fatto dello spoglio è notorio ed è immediata l'alienazione al terzo, si deve presumere la scienza nell'acquisitore. — E se per contro risulta dalle circostanze di fatto dell'acquisto in buona fede, come può in ispecie facilmente accadere nei casi di spoglio occulto, non può ammettersi contro l'acquisitore l'azione di reintegrazione. Il proprietario della cosa ha certamente diritto, in questo caso, di rivendicarla da qualsiasi possessore o detentore, a senso degli articoli 439 e 708 del Codice Civile, ma nei modi ordinarii e non per mezzo del rimedio speciale della reintegrazione.

Vi sono altri autori, i quali disconoscendo la distinzione sopra accennata sostengono che la violenza nuoce sempre all'acquisitore, sia esso di buona o di mala fede, come quegli che non può avere maggiori diritti del venditore. Chi succede allo spogliatore trae da esso la causa viziosa della detenzione, *quasi succedat in vitium*, e non può essere diversa la condizione giuridica; così che sarà sempre costretto a restituire allo spogliato la cosa toltagli con modi violenti o clandestini.

243. Le opinioni avanti espresse sono invece combattute da altri scrittori, come non conformi ai principii di diritto ed allo articolo 695 del Codice Civile (1).

Anzi tutto, essi dicono, l'azione di reintegrazione non è fondata sulla presunzione di proprietà che deriva dal possesso, non potendo tampoco arrestare il corso della giustizia l'eccezione di proprietà opposta dal conosciuto proprietario; ed inoltre, conservando essa il carattere predominante di azione personale, non compete contro il terzo possessore.

Se uno fu complice o cooperatore dello spoglio, come, ad esempio il mandante, non sarebbe questo un terzo possessore. — La sua condizione sarebbe ragguagliata a quella di coloro,

(1) *V.* in ispecie SCIALOJA, *Az. poss.*, pag. 643.

Digitized by Google

che commettono insieme ad altri lo spoglio, e restano quindi solidariamente tenuti alla restituzione della cosa ed al risarcimento dei danni. L'obbligazione di reintegrare lo spogliato nel possesso non è in tal caso divisibile, e su tutti ricade in modo solidario (art. 1156).

Ma se uno, non avendo cooperato alla spogliazione, comprò in seguito la cosa, deve, perchè consapevole dello spoglio, essere sottoposto all'azione di reintegrazione?

L'articolo 701 del Codice Civile dichiara possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava il vizio. Se uno adunque acquista la cosa, che fu oggetto di spoglio, da chi sa essere stato l'autore dello spoglio, ma ad un tempo sa, essere il vero proprietario della cosa, potrà annoverarsi tra i possessori di mala fede, a senso di detto articolo, perchè il il venditore aveva ritolto la sua cosa da chi la riteneva in modo abusivo? È evidente che all'acquisitore non mancherebbe in tal caso la buona fede, di cui parla la legge, che si riferisce agli effetti del possesso per rapporto al dominio; giacchè nella fattispecie constava appunto all'acquisitore che la cosa vendutagli spettava al venditore.

E, da questo caso speciale passando ai generali, osservano che, se il difetto di buona fede desse all'attore in reintegrazione la ragione di agire contro il terzo possessore, dovrebbe l'esperimento dell'azione possessoria essere preceduta da un'indagine sulla natura ed efficacia del titolo di proprietà del terzo possessore, sul punto cioè se questo titolo sia abile al trasferimento del dominio, non ostante l'avvenuto spoglio del possesso, spoglio che, come sovra, può essere stato commesso dal proprietario stesso della cosa.

Aggiungono che la espressione di buona o mala fede in siffatti casi non ha nulla di comuue coll'art. 701, nulla di reale che possa riferirsi all'indole del titolo e al trasferimento del dominio; e che non potendo il concetto della buona o mala fede avere una significazione diversa da quella espressa dalla legge, non può trovare applicazione nei casi di cui si tratta.

244. Di fatti, la detenzione di una cosa non ha bisogno,

Digitized by Google

quanto alla reintegrazione, di alcuno dei caratteri richiesti per diventare possesso capace di produrre l'azione di manutenzione, la prescrizione, l'acquisizione dei frutti. La reintegrazione non è fondata su alcuno di questi caratteri, ma sul puro fatto personale dello spoglio in modo violento od occulto. Perciò mal puossi creare una *ritenzione* di buona o mala fede, diversa da quella definita dalla legge a riguardo della reintegrazione, derivante da una *violazione personale di diritto,* all'oggetto di estenderne gli effetti al terzo possessore, come si trattasse di una *violazione reale.*

E non potrebbe detrarre al principio di diritto e allo spirito della legge l'osservazione avversaria, che non si voglia introdurre una nuova specie di possesso di buona fede, ma che s'intenda soltanto dedurre da principii di equità, che deve il terzo possessore, se conscio del fatto dello spoglio, essere sottoposto alla reintegrazione, quasi partecipe. — Di fatto, quest'opinione, che per la semplice consapevolezza dell'atto colpevole porrebbe il terzo possessore nella condizione di chi commise lo spoglio, oltre all'essere contraria agli accennati principii, condurrebbe anche evidentemente a conseguenze gravi, massime a riguardo della stabilità dei contratti. Qual fermezza essi avrebbero, se, malgrado le ricerche per assicurarsi della proprietà nel venditore e non ostante la regolarità dell'atto di vendita, potesse l'acquisitore correre rischio di vedersi privato del possesso, pel corso di un anno intiero, per effetto di un giudizio che si fonderebbe tutto sulle indagini di una scienza personale relativamente ad un fatto personale ad altri?

Se uno sa di comperare una cosa da chi non è proprietario, sa pure che non può essergli validamente trasmessa e deve, chiamato in giudizio ordinario, farne la restituzione, trattandosi di un diritto reale che, non esistendo nel venditore, non può trasferirsi in altrui potere. Ma se Tizio commette un fatto, di cui è personalmente risponsabile, non sottentra punto nella di lui risponsabilità Sempronio, pel sòlo motivo che il fatto gli fosse noto all'epoca dell'acquisto.

Nè si opponga, osservano ancora, che nella reintegrazione vi sia qualche cosa di reale, avendo essa per iscopo la restituzione

Digitized by Google

di una cosa mobile od immobile; giacchè in tale azione nè il diritto violato, nè la violazione di esso, elementi essenziali di ogni azione, hanno nulla di *reale*. La riparazione del diritto violato si fa solo colla restituzione del possesso, perchè la violazione non fa che offendere un diritto personale, mediante la privazione della detenzione della cosa (1).

245. La giurisprudenza non ha ancora detto la sua ultima parola su di tale questione, e le varie opinioni avanti riferite possono intanto servire di lume per l'interpretazione ed applicazione della legge nella diversità dei casi.

V'ha poi, a detta di tutti gli scrittori, un caso in cui la scienza potrebbe nuocere al terzo possessore, quando cioè questi si fosse accordato coll'autore dello spoglio, all'oggetto di simulare una vendita ed un trasferimento di possesso coll'intento di evitare gli effetti dell'azione di reintegrazione, e così un atto finto ad altrui pregiudizio. Ma in questo caso non v'ha alcun vero contratto, trattandosi di una pura finzione, e quindi la cosa non può dirsi realmente uscita dalle mani dell'autore dello spoglio. — L'atto simulato si considera non avvenuto; *Nulla quippe conventio initur, nullus contractus agitur, sed fingitur.*

Perciò, anche in tal caso, male si promoverebbe l'azione di reintegrazione; perchè l'atto simulato di cessione solo potrebbesi impugnare in un giudizio di merito, dimostrandosi l'accordo nella simulazione tra l'autore dello spoglio e il terzo possessore. — E solo in seguito a siffatto giudizio, in cui venga riconosciuta e dichiarata la simulazione, potrebbe farsi valere l'azione di reintegrazione. — Ma è evidente che, dopo il giudizio di merito, mancherebbe questa di oggetto contro il terzo; giacchè una sentenza, che dichiari simulato e nullo l'atto, esclude l'esistenza di un terzo possessore.

(1) *V.* Scialoja, *Az. poss.*, pag. 646.
V. n° 9, sulla questione se l'azione derivante dallo *spoglio* sia reale o personale.

Digitized by Google

CAPO QUARTO

Procedura nelle cause di manutenzione e reintegrazione.

SEZIONE PRIMA

Manutenzione.

---

246. L'istanza dell'attore debb'essere, per quanto è possibile, redatta con precisione e chiarezza, i fatti con ordine specificati, le conclusioni chiare e limitate al possessorio.

Gli estremi di quest'azione sono:

1° Il possesso legittimo di oltre un anno nell'attore;

2° L'atto di molestia, commesso dal convenuto entro l'anno (1);

La domanda è la manutenzione in possesso; e conseguentemente la distruzione dell'opera turbativa, ove esista, la proibizione all'avversario di più oltre molestarnelo, e il risarcimento dei danni sofferti;

Si deve indicare l'epoca precisa dell'atto di molestia, per conoscere se si agisce in tempo utile.

E ove la legge esiga l'appoggio del titolo, onde il possesso abbia potuto decorrere utilmente, devesi produrre come fondamento della domanda; e, quando il titolo deriva dalla legge stessa, devonsi dedurre le circostanze di fatto, che la rendono applicabile al caso.

(1) Qualora in corso di causa altri fatti si scoprano in aumento delle opere denunciate od altre molestie vengano inferte, non indicate nella prima domanda, ad esempio, lavori sotterranei non prima conosciuti, o nuovi attentati, la cognizione e l'istruzione della causa (e quindi il giudizio) possono estendersi anche a questi fatti e molestie, senza bisogno d'altra separata istanza.

Digitized by Google

Se il convenuto poi riconosce nell'attore il possesso e il fatto della molestia, e riducendo le cose al loro primitivo stato, dichiara di non più recare turbamento, non rimane al giudice che di ordinare le verificazioni necessarie per la liquidazione dei danni ed interessi.

Ma se contesta il possesso o l'atto di molestia, oppure sostiene che la molestia avvenne più di un anno avanti alla domanda, il giudice deve ordinare quelle informazioni e verificazioni, che tendono a mettere in evidenza i fatti ed i diritti delle parti.

Per accertare la verità giuridica, affermata da una parte e diniegata dall'altra, si può ricorrere a tutti i mezzi di prova ammessi dalla legge, e così anche alla prova indiretta delle presunzioni; ma in modo speciale alla fede dei testimoni, se si tratta di fatto passato, che non abbia lasciato traccia di sè, ed all'ispezione oculare del giudice od all'ufficio degli esperti, se si tratta di riconoscere un fatto permanente, come sarebbe lo stato attuale delle cose, la condizione dei luoghi e delle opere, o di dare giudizio di uno stato anteriore scomparso, argomentando dallo stato presente, o di stabilirne le conseguenze.

Ove poi il convenuto non contesti il fatto materiale del possesso, ma solo opponga al medesimo il difetto di precarietà, od altro vizio che lo renda incapace di effetto giuridico, allora, se la natura del possesso lo fa presumere a titolo precario, di famigliarità e simili, spetta a chi lo allega di distrurre questa presunzione colla prova in contrario.

Se a vece gli atti possessorii non si presentano per se stessi difettosi, allora, siccome si presume sempre che ciascuno posseda per se stesso ed a titolo di proprietà, sino a prova contraria, spetta all'avversario di distrurre una simile presunzione.

Altro sarebbe, se avesse l'attore cominciato a possedere in nome altrui; poichè, in tal caso, sino a prova in contrario si presumerebbe sempre che avesse posseduto collo stesso titolo (1).

L'attore può talora aver eziandio in qualche documento relativo al godimento la prova del possesso, per cui non ne sia più necessaria un'altra. Di fatto, questo possesso può essere puramente civile; nello stesso modo che, a termini degli articoli 2125 e

(1) *Cod. Civ.*, art. 687.

Digitized by Google

2129, l'interruzione civile risulta da una citazione giudiciale, da una ingiunzione, o sequestro, o da una ricognizione, così pure il possesso può risultare da atti somiglianti, avendo tali atti per iscopo di conservarlo coll'impedire un terzo d'acquistarlo (1).

Spetta poi sempre all'attore la prova di sua azione, e quella dell'eccezione al convenuto, il quale può anche articolare un possesso contrario a quello proposto dall'attore.

Possessio cum res facti sit, agenti illius probandæ necessitas incumbit, tamquam intentionis fundamentum; sed insuper probanda est turbatio, ut aiunt, ex parte alterius..... Leviores tamen in hoc interdicto possessionis probationes sufficiunt (2): *atque ex perceptione fructuum, et usu domus satis probatur possessio ad manutentionem. Sane placuit, et merito, retinendum esse in possessione eum qui naturalem amisit, sed civilem retinuit* (3).

247. Il possesso valevole ad acquistare al possessore un diritto reale implica l'idea di atti esterni e precisi, praticati dal pretendente, ed un concetto giuridico circa l'indole e il valore dei fatti stessi, onde se i primi possono essere oggetto di prova testimoniale, perchè materiali e sensibili, non così il concetto giuridico di esclusiva competenza del giudice. Perciò i fatti del possesso dedotto a prova devono essere articolati in modo preciso e non genericamente (4).

Se si chiede poi chi debba preferirsi nel possesso, quando due contendono il possesso di una cosa: *Distinguendum est*, dice Richeri, *an eodem nitantur possessionis genere, an diverso; in postremo casu, nempe si quis alleget se possidere civiliter, alius naturaliter, prout contingit in viro et muliere respectu dotis, uterque in sua possessione manutenendus est,*

(1) *Manutentio conceditur illi, qui civilem retinuit possessionem, licet naturalem amiserit;* RICHERI, *Cod.*, lib. 2, tit. 9, def. 27; e nelle note: *Civilis autem possessio a pragmaticis dicitur, quae solo animo retinetur, quamdiu naturalis non negligitur;* FAB., *Cod.*, lib. 8, tit. 4, def. 9; *Decisione* 11 settembre 1673, ref. D. Raymondo in causa Serra.

(2) *Quippe possessor ius suum tantummodo tueri contendit, non alteri eripere;* RICHERI, *Cod.*, lib. 2, tit. 9, def. 31.

(3) RICHERI, *Cod.*, lib. 4, tit. 27, def. 2.

(4) *Sentenza della Corte di Cassaz. di Torino*, 3 luglio 1874; *Giur. ital.*, vol. XXVI, 1, 722.

Digitized by Google

ut per se patet; sed si eodem modo se possidere uterque alleget, rursus interest, utrum unus ab altero vi, clam, vel precario possideat nec ne: in prima specie vincit ille, a quo vi, clam, vel precario possidet alter; in altera eadem est utriusque conditio, licet unus iuste, alter iniuste possideat; quia hic de possessione quæritur, non de iustitia possessionis, utique si cetera paria sunt: alioquin præfertur ille, cuius titulus potior videtur (1).

E altrove: *Quod si omnia sint paria quoad possessionem, inspiciendum est utrum æquales sint utrinque probationes, nec ne.* Ed a prove eguali: *Qui habet titulum, regulariter præfertur in possessione..... Quod si uterque titulum habeat, antiquior titulus recentiorem vincit* (2).

Se poi nè l'uno nè l'altro prova il possesso: *Præfertur ille qui titulum habet saltem coloratum, sicuti præfertur qui melius probat suam possessionem* (3).

248. Il giudice può anche, nel corso della causa, ordinare il sequestro della cosa, il cui possesso è conteso, quando le circostanze lo esigano, per l'incertezza dei fatti, pel lento svolgersi della processura, o per l'abuso della cosa per parte del detentore, come già si osservò. E se poi le prove date dalle parti non istabiliscono alcun possesso in alcuna di esse, ed il giudice crede di doverle rimandare a provvedersi in petitorio, può esso in questo caso sottoporre a sequestro la cosa, il cui possesso è contravverso, sino a che la causa non sia decisa in petitorio?

La Corte di Cassazione di Palermo, con sentenza 21 gennaio 1867 (4), decise giustamente in senso negativo. Un tribunale ritenendo in appello, che per le divergenze nei punti di fatto non poteva informare il suo giudizio a un criterio sicuro, diede due provvedimenti, l'uno di rinviare le parti al petitorio; l'altro di sottoporre intanto a sequestro il terreno, che formava l'oggetto dell'azione possessoria. Ma la Corte, cui fu denunciata

(1) RICHERI, *Cod.*, lib. 4, tit. 27, def. 3.
(2) IDEM, *Ibid.*, lib. 4, tit. 27, def. 4; e lib. 2, tit. 9, def. 36.
(3) IDEM, *Ibid.*, lib. 2, tit. 9, def. 28.
(4) *Giur. ital.*, vol. XIX, 1, 41.

Digitized by Google

la sentenza, considerò che, se le istruzioni sul fatto in contesa non convincevano il giudice, la domanda dovevasi respingere; giacchè l'attore in tal caso non aveva provato il suo assunto, come a lui incombeva; e, in difetto di tale prova, la presunzione di legge soccorreva il convenuto. I giudizi possessorii, come qualunque specie di giudizio, devono di fatto risolversi o con rigettare o con accogliere la domanda. Il rinvio al petitorio non è che una pura formola, nel caso in cui il giudice adíto in possessorio credasi incompetente; formola eziandio vana e che nulla decide, la sentenza stando tutta nella incompetenza dichiarata. Il tribunale in detto caso respingeva a vece l'eccezione d'incompetenza, siccome bene adito in linea possessoria; e poi nell'incertezza di un concetto morale esclusivo, siccome disse nei motivi, non accoglieva e non rigettava la istanza; — locchè equivaleva a diniegata giustizia. — Aggiunse la Corte che, data poi una siffatta sentenza, non era più lecito di ordinare il sequestro; giacchè, se il giudice può, durante il giudizio, dare un simile provvedimento, nella fattispecie era cessata la causa avanti di esso col rinvio al petitorio. Gli attori, resi liberi di volgersi al petitorio, potevano chiedere la misura del sequestro ai giudici stessi del petitorio, ai quali spettava di fare uso della facoltà loro concessa a tale oggetto dalla legge; ma non ai giudici del possessorio, presso ai quali, o bene o male, la contesa aveva avuto il suo fine.

Il pretore deve adunque attenersi unicamente alle condizioni legali del possessorio, e, quando queste non sieno pienamente stabilite, deve rigettare l'azione.

E vi sono anche casi, in cui ambe le parti proponendo l'azione possessoria chiedono, ciascuna per sè, la manutenzione nel possesso annale. — Ma avviene pure talora che l'una e l'altra vengano meno nella prova dei voluti estremi; e in tali casi il pretore respinge puramente le domande di entrambe le parti attrici e convenute ad un tempo. — E resta così loro aperta la via, che avrebbero già dovuto prendere prima, il ricorso al petitorio, invocando anche provvedimenti interinali, se lo credono opportuno per la provvisoria manutenzione in possesso, a causa di prevalenti diritti, oppure per la nomina di un sequestrario giudiziale.

Digitized by Google

Se poi la questione assume caratteri proprii del petitorio, in modo che non si possa giudicare di quella senza invadere il campo del diritto di proprietà, il giudice deve, giusta le considerazioni già precedentemente fatte, dichiarare la propria incompetenza. — E la Corte di Cassazione di Torino statuì, a tale oggetto, che quando non si può giudicare dell'azione possessoria senza decidere implicitamente sul merito, perchè il possessorio s'immedesimi col petitorio, deve il pretore soprassedere e rinviare le parti avanti il tribunale competente nel petitorio, o decidere esso stesso il merito, se la causa di merito è di sua competenza (1). Deve, in sostanza, dichiararsi incompetente come giudice del possessorio, e rinviare le parti alla giurisdizione ordinaria.

SEZIONE SECONDA

Causa di reintegrazione.

249. Lo spoglio sconvolgendo gravemente l'ordine sociale, venne adottata una procedura speciale e celere, affinchè la repressione susseguisse tosto al riprovevole fatto.

L'art. 447 del Codice Albertino mandava ordinarsi la reintegrazione *sulla semplice notorietà del fatto, senza processo e senza dilazione.* — E nacque quindi il dubbio, risolto in vario senso, sul punto se il giudice potesse, ove richiesto dallo spogliato, provvedere anche senza il contraddittorio, e così senza la citazione dello spogliatore. — Una tale questione più non può sorgere attualmente, stabiliendo l'art. 696 del Codice Civile italiano, doversi la reintegrazione ordinare, *premessa la citazione dell'altra parte, sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione e colla maggiore celerità di procedura,* contro qualsiasi persona, fosse anche il proprietario delle cose, di cui si è patito lo spoglio.

(1) *Sent.* 23 gennaio 1868; *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 53.

Digitized by Google

Gli estremi di quest'azione sono:

1° Il possesso dell'attore al momento dello spoglio;

2° L'atto dello spoglio, violento od occulto, per parte del convenuto entro l'anno.

La conclusione è di essere reintegrato nel possesso, colla ristaurazione delle cose nel loro precedente stato, e coi danni ed interessi.

250. Basta in quest'azione di provare d'aver posseduto al tempo della spogliazione; sia giusto il possesso od ingiusto, non importa. La materiale detenzione della cosa è sufficiente per far luogo a quest'azione, anche contro il proprietario della medesima, che abbia violentemente od occultamente spogliato del possesso questo detentore.

Se quindi lo spogliatore ammettesse l'opera di fatto, ma allegasse di essere stato ed essere in ragione di farla, non potrebbe sospendersi la reintegrazione in possesso dell'attore, quantunque offrisse una pronta dimostrazione di questa sua ragione; poichè in tale giudicio non è ammessibile alcuna ragione in merito; ma solo si tratta di conoscere il possesso dell'attore al momento dello spoglio, ed il fatto dello spoglio, che vuolsi incontanente reprimere colla pronta reintegrazione dello spogliato, fosse anche un usurpatore, come si è anche a suo luogo dimostrato.

L'attore deve precisare (oltre all'epoca dello spoglio per dimostrare promossa in tempo utile l'azione) la natura e il modo dei relativi atti; ed al giudice spetta di ponderarne esattamente tutte le circostanze all'oggetto di riconoscere, se vi sia stata violenza o dolosa occultazione. E possono servire a quest'esame e porgere un criterio per giudicare non solo i caratteri estrinseci del fatto, ma anche l'età, il sesso, le condizioni delle persone e la stessa situazione dei luoghi. E appena avuta una sufficiente cognizione delle circostanze di fatto e chiarita sommariamente la apparente verità, il giudice pronuncia senza indugio la sua sentenza.

251. Si elevò il dubbio, se il giuramento decisorio potesse ammettersi per istabilire l'attentato violento od occulto, a fronte dell'art. 1364 del Codice Civile, che dichiara, non potersi deferire sopra un *fatto delittuoso*.

Digitized by Google

La legge con tale designazione non comprende ogni fatto, che si presenti sotto l'apparenza e colore di un delitto, ma soltanto i fatti punibili con una delle pene previste dal Codice Penale. Le parole di *fatto delittuoso* devono interpretarsi nel senso strettamente legale. Sia pure un fatto illecito e riprovevole, se non ha gli estremi del delitto e non è così riprovato dalla legge con sanzione penale, può essere oggetto di giuramento. Per conseguenza solo nel caso di fatti, che cadano sotto la sanzione della legge penale, e così di *vero reato*, resta inammessibile il giuramento; e lo è, quantunque dal fatto si vogliano soltanto trarre conseguenze civili. — L'art. 1364 è anzi unicamente diretto a regolare gli effetti giuridici civili. La ragione della legge sta nel riguardo alla dignità delle personalità umane, non volendo obbligare l'individuo a rivelare quei fatti che, essendo delittuosi, manifestano la sua turpe condotta e la sua degradazione morale e darebbero luogo a frequenti spergiuri (1).

Potendo pertanto l'atto dello spoglio rivestire o non il marchio del delitto, e così il significato di reato punibile o non in via penale, possono esservi casi in cui sia ammessibile, e casi in cui debba rigettarsi la prova del giuramento. — In altri termini, per regola generale, può ammettersi il giuramento a prova dello spoglio violento od occulto; — ma se il fatto costituisce, come può in certi casi accadere, un reato colpito dalla sanzione penale, si oppone la legge alla ammessione.

Il giuramento può anche deferirsi d'ufficio, sia circa a cose speciali comprese nello spoglio, e di cui non si possa per mezzo di testimoni od altrimenti far risultare chiaramente le perdite, la loro essenza o quantità, sia circa ai danni cagionati e non più riconoscibili in parte o in tutto. — La determinazione della norma e del modo è affidata alla prudenza ed al savio accorgimento del giudice (2).

Si è già osservato che ha luogo in virtù della legge l'arresto personale. Il giudice, se n'è richiesto, non può dispensarsi dal pronunziarlo, pel rilascio ordinato della cosa, il cui possessore

(1) *Giur. ital.*, vol. VII, 2, 260 e 382, e 3, 100; vol. XIV, 3, 105.
(2) *Leg.* 9, *Cor.*, *Unde vi;* art. 1374 e seg. del *Cod. Civ.*

Digitized by Google

venne come avanti spogliato, e per le naturali conseguenze derivanti dallo spoglio (1).

252. La legge ordinando la pronta reintegrazione sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione e con la maggior celerità di procedura, può l'esecuzione della relativa sentenza rimanere sospesa per effetto dell'appello?

Sotto l'impero del Codice Albertino si opinò e anche si decise che l'appello non sospendeva l'esecuzione del decreto od ordinanza, che mandava operarsi la reintegrazione. — Altre opinioni e sentenze si profersero in senso contrario. — Ma se allora ha potuto sorgere e propugnarsi la tesi, che l'appello non impediva l'esecuzione, più non potrebbe questa tesi sostenersi attualmente. — Era allora invalsa la massima, che poteva ordinarsi la reintegrazione con un semplice decreto del giudice, senza citazione, e così *inaudita parte* (mentre ora è prescritto un vero giudizio contraddittoriale); e si osservava inoltre che la disposizione dell'art. 447 di detto Codice, che prescriveva la reintegrazione sulla semplice notorietà del fatto violento od occulto, senza processo e senza dilazione contro qualsiasi persona, era dettata nell'interesse dell'ordine pubblico, siccome diretta ad evitare l'usurpazione dei diritti della giustizia e il perturbamento della società. E quindi per la stessa ragione che, data la notorietà del fatto e la prova di un possesso qualunque, non poteva venire ritardata la reintegrazione a pretesto della difesa, a cui il perturbatore intendesse di accingersi, era pure logico che il relativo provvedimento dovesse ottenere pronta esecuzione, e che perciò l'interpostone appello non potesse avere che un effetto puramente devolutivo; dacchè, in caso contrario, quella provvida disposizione di legge sarebbe divenuta illusoria, e frustrato il voto del legislatore. Non valeva, dicevasi, l'oggezione che detto articolo 447 dovesse combinarsi colle norme di rito giudiziario, le quali nel concorso di determinate circostanze facevano appunto facoltà al giudice di ordinare l'esecutorietà provvisoria della sua sentenza, con o senza cauzione; poichè, nel tema trattato, la esecutorietà era pronunciata dalla legge stessa, era intrinseca alla natura del provvedimento, e come il giudice avrebbe fatto

(1) *Cod. Civ.*, art. 2094 e seg.

Digitized by Google

cosa soverchia annettendola a questo espressamente, così avrebbe commesso un'infrazione di detto articolo, ove in appello il magistrato ne avesse sospesa l'esecuzione. La disposizione della legge di procedura, relativa alla declaratoria di esecutorietà della sentenza sull'istanza di uno dei contendenti, si riferiva al procedimento dei giudizi ordinarii e contraddittoriali, e rimaneva estranea ai casi del rimedio straordinario ed eccezionale della reintegrazione (1). Si sosteneva anzi da alcuni giurisperiti, non essere il provvedimento della reintegrazione soggetto ad appello, stante la causa e lo scopo dell'interdetto, che pur lasciava luogo all'esercizio non solo dell'azione petitoria, ma anche della manutenzione in possesso.

Siffatta tesi, già allora combattuta e dalla Corte di Cassazione di Torino contraddetta (2), non potrebbe per niun riguardo sostenersi sotto l'attuale legislazione, come già si osservò. Allora una domanda in reintegrazione poteva non costituire un vero giudizio e non essere la prima pronunciazione una vera sentenza, non emanando un giudicato che in seguito a discussione. Ma la vigente legge non permette la reintegrazione senza processo, e quindi v'ha contraddittorio delle parti, discussione e sentenza. E trova conseguentemente la sua applicazione l'articolo 481 del Codice di Procedura Civile, il quale dichiara appellabili tutte le sentenze.

Può sull'istanza delle parti essere ordinata la provvisoria esecuzione della sentenza, con cauzione o senza, a termini dello articolo 363 di detto Codice; ma se questa esecutorietà non è dichiarata, l'esecuzione della sentenza è sospesa durante il termine concesso per appellare, a senso dell'articolo 482. — Pel caso poi l'esecuzione provvisoria domandata in primo giudicio non sia stata pronunciata, può chiedersi in via incidentale nel giudizio d'appello, giusta l'articolo 483; ma rimane sempre intanto sospesa l'esecuzione sino a giudicato che la decreti.

Gli articoli 696 del Codice Civile e 444 alinea del Codice di

(1) *Cassaz. di Milano*, 4 agosto 1865; *Giur. ital.*, vol. XVII, 1, 673. *V.* anche vol. XV, 1, 641.

(2) *Sentenze* 11 marzo 1869 e 6 luglio 1870; *Giur. ital.*, vol. XXI, 1, 178, e vol. XXII, 1, 612.

Digitized by Google

Procedura Civile prescrivono, è vero, un procedimento facile e celere; ma non privano le parti della facoltà di appellare e non dànno all'appello un effetto puramente *devolutivo*. La facoltà altronde di chiedere e di ordinare la provvisoria esecuzione della sentenza risponde all'argomento tratto dall'interesse dell'ordine pubblico.

Aggiungasi che, se un dubbio potesse ancora sorgere, svanirebbe a fronte dell'art. 84, N° 2, del Codice di Procedura Civile, il quale stabilisce che i tribunali civili conoscono, in grado di appello, di *tutte* le cause in materia civile, decise in prima instanza dai pretori.

E anzi la Corte di Cassazione di Torino, in una delle sentenze avanti citate, decise che, non ostante le disposizioni dell'art. 447 del Codice Albertino, erano pure soggetti all'appello gli stessi provvedimenti preparatorii nel giudizio di reintegrazione, non facendo la legge di procedura alcuna distinzione fra sentenze definitive e sentenze interlocutorie o preparatorie. Considerò la Corte che, quantunque in tema di spoglio la reintegrazione dovesse ordinarsi sulla semplice notorietà del fatto, senza *processo* e senza dilazione, tuttavia i provvedimenti coi quali il giudice, non credendo di potere subito definitivamente statuire, ordina preliminariamente un incumbente, sono suscettivi di appello. Se gli elementi di prova sieno lesivi dei diritti di alcuna delle parti contendenti, od altrimenti incompatibili colla natura del giudizio, non può diniegarsi il diritto all'appello. Una tesi contraria urterebbe coi generali principii di diritto e condurrebbe all'assurdo; perchè dovrebbe pure ritenersi irricevibile l'appello contro la sentenza definitiva, che ordina il ripristino delle cose; ciò che non è ammessibile.

253. Già si accennò al principio, secondo cui lo spoglio e la reintegrazione possono costituire un puro episodio in regolare giudizio possessorio e anche precederlo. Talvolta l'apprezzamento dei fatti può lasciar luogo a dubbi, se vi sieno elementi sicuri per la reintegrazione, ossia se vi sia vero spoglio violento od occulto, ovvero una pura molestia al possesso. Perciò in pratica si adopera sovente il sistema di proporre in un solo giudizio le azioni di reintegrazione e di manutenzione; dedotto cioè il

Digitized by Google

possesso attuale od oltreannale ed il fatto dell'ingiusta occupazione, ed ogni altra circostanza che possa appoggiare la domanda, si conchiude per la reintegrazione, ed occorrendo, per la manutenzione in possesso; e la Corte di Cassazione di Firenze ravvisò non incompatibili le due azioni, e considerò anzi prudente il loro cumulo. La Corte di Napoli decise eziandio che l'azione di reintegrazione non potendo aver luogo, se accennandosi alla spogliazione non si dedusse la clandestinità o violenza, il giudice si attenne rettamente ai principii dei giudizi possessorii, statuendo, come fece, in via di manutenzione (1).

(1) *Cassaz. di Firenze,* 11 aprile 1870; *Giornale delle Leggi,* anno I, pag. 172. — *Cassaz. di Napoli,* 8 marzo 1870; *Giur. ital.*, vol. XXII, 1, 263. — *Giur. ital.*, vol. XIII, 1, 987.

Digitized by Google

CAPO QUINTO

Della garantía e dell' intervento.

---

254. I fatti che dànno luogo all'azione possessoria, essendo per lo più personali al convenuto, difficilmente accade che questi abbia ragione di chiamare un terzo in garantía, essendo ciascuno risponsabile del proprio fatto. Può tuttavia in varii casi avverarsi l'interesse e la ragione di questa chiamata. — Così l'acquisitore, il permutante, il creditore anticretico, l'affittuario, il mandatario, evocati, come turbatori dell'altrui possesso, avanti l'autorità giudiziaria in via di azione possessoria, a cagione di fatto di presa di possesso della cosa loro trasmessa, o di ordinarii lavori in essa, hanno il diritto di chiamare in causa colui, al quale succedono o che rappresentano; poichè a costui spetta di metterli e mantenerli in possesso, facendo cessare ogni ostacolo proveniente da causa o fatto anteriore al contratto.

Sarebbe però inconcepibile, epperciò inammessibile l'azione di rilievo del convenuto contro il suo àutore, se questi abbia alienato lo stabile da tempo anteriore all'anno del possesso invocato dall'attore. L'azione contro l'autore, per essere rilevato dalle molestie e pretese dell'attore in base ai titoli d'acquisto, sarebbe petitoria (1).

Anche all'attore compete talvolta il diritto della domanda in garantía, come nel caso in cui esso invochi il possesso annale del proprio autore, e gli sia tale possesso diniegato dal convenuto.

Ma vi ha un'eccezione alla regola, quando cioè il diritto di grarantía sia contestato, e in conseguenza sia necessario d'interpretare i titoli e giudicare una questione, che tenderebbe alla sostanza del diritto e non avrebbe alcun rapporto al possesso.

(1) *Cassaz. di Torino,* 30 novembre 1870; *Giur. ital.,* vol. XXII, 1, 893.

Digitized by Google

In tal caso si risolve la questione possessoria, salve le ragioni di garantía in competente sede di giudizio.

255. L'intervento di un terzo in causa, in cui abbia interesse, è generalmente permesso dalla legge, onde coadiuvare od escludere l'intento di qualcuna delle parti (1). E non è di certo vietato che un terzo intervenga in un giudizio possessorio, sia per appoggiare nel suo interesse le difese dell'attore o del convenuto, e sia anche per sostenere che il possesso non ispetta in realtà ad alcuno dei contendenti, sibbene a lui solo, e che perciò devesi a lui aggiudicare.

Vi fu chi sostenne, non potersi ammettere l'intervento di un terzo all'oggetto di escludere amendue le parti, le quali pretendono di avere il possesso annale, per la ragione che non possa darsi azione possessoria su azione possessoria, come non vale sequestro su sequestro. — Si fece però una eccezione pel caso che questo terzo, a vece di intentare un altro giudizio possessorio, prendendo la lite per una molestia al suo possesso, si limiti a formare opposizione all'esistente azione possessoria. — Se qualcuno pretende di essere al possesso della cosa tra altri contesa in via possessoria, deve, secondo detta tesi, rendersi soltanto opponente, quando sia avvertito del giudizio, e non già promuovere un'azione possessoria. E se, ignorando il giudizio, ne avesse egli intentato un altro, deve dichiarare che, non conoscendone l'esistenza, aveva altro giudizio instituito, ma che, per ovviare alla moltiplicità delle parti attrici, converte la sua azione in opposizione, e che per via di opposizione intende appunto di far valere le sue ragioni di possesso. E questa opposizione, si conchiude, genererà gli stessi effetti dell'azione possessoria (2).

Ma questa distinzione deriva da una mera sottigliezza, che non deve ammettersi. Di fatto, se l'effetto dell'opposizione è uguale a quello dell'azione possessoria, non v'ha ragione per la quale un terzo, in cui si riconosce il diritto d'intervenire, debba limitarsi a far opposizione all'azione possessoria, a vece di dichiarare di prenderla per un turbamento e di chiedere per

(1) Art. 201 e seg. del *Cod. di Proc. Civ.*

(2) Henrion de Pansey, cap. 47; Imbert, *Prat.*, cap. 16.

Digitized by Google

sè la manutenzione in possesso. Non si comprende inoltre, come questo terzo potrebbe ottenere d'essere mantenuto nel possesso, se si limitasse ad una semplice opposizione e non conchiudesse formalmente per la manutenzione.

Sembra adunque non dubbio che un terzo possa, a sua scelta, o intervenire in giudicio e dichiarare di prendere la lite od il fatto, che vi diede luogo, per una molestia al suo possesso, oppure anche intentare un'azione separata contro l'uno e l'altro dei contendenti, o soltanto contro quello che sia considerato come autore diretto del turbamento.

Non è del resto il terzo nella necessità di scegliere l'una o l'altra di queste vie, se non nel caso, in cui una delle parti in causa sia suo rappresentante, o che si tratti di un turbamento di fatto; poichè in tal caso, dovendo supporsi a lui noto questo fatto, decorrerebbe contro di esso il tempo utile per agire.

In caso diverso, se, per esempio, la molestia risulti soltanto da una citazione, egli può astenersi da ogni azione; giacchè questa citazione, a lui non significata, non opera contro di esso; e la sentenza che emanasse non potrebbe essergli opposta, giusta anche la regola che *Res inter alios judicata, tertio non nocet* (1).

Circa poi al tempo ed ai modi della chiamata in garantía e dell'intervento in causa, dispone il Codice di Procedura Civile, e non è cómpito di questo scritto di addentrarsi minutamente nella procedura istruttoria.

(1) GARNIER, *Act. poss.*, pag. 168.

Digitized by Google

CAPO SESTO

Alcune considerazioni in ordine all'appello ed alla cassazione.

SEZIONE PRIMA

Appello.

---

256. Tutte le sentenze nei giudizi possessorii, e anche quelle riflettenti la reintegrazione, sono suscettive di appello, a senso delle considerazioni già svolte nel N° 252.

In appello sono ammesse nuove eccezioni, nuovi documenti e prove, nuove difese; non però nuove domande (1). — Questo secondo stadio della causa, considerandosi come una semplice continuazione del primo, non può comprendere questioni estranee all'oggetto della primitiva domanda. Vi può essere varietà di mezzi, ma unicamente in rapporto all'unità dell'oggetto; sarebbe altrimenti violata la legge che ammette il doppio esame (2).

Colui, per esempio, che domandò in primo giudizio di essere mantenuto al possesso di una servitù discontinua, ma non appoggiò la domanda ad alcun titolo, può produrre nel giudizio di appello un atto capace di giustificare la sua pretesa. — Non sarebbe una nuova domanda, non cambiando per nulla l'oggetto e il diritto in contesa, sibbene un semplice nuovo mezzo di

(1) Art. 490 del *Cod. di Proc. Civ.*

(2) Circa all'interpretazione in tal parte della legge, possono vedersi le *Sentenze* riferite nella *Giur. ital.*, vol. XXII, 1, 39, 796, 833 e 964. — E circa alla decadenza delle prove incorsa in primo giudicio, lo stesso vol. XXII, 1, 33. Tale decadenza nuoce anche nel giudicio d'appello.

Digitized by Google

prova. Ma se davanti il pretore si trattò solo dell'azione di reintegrazione e in appello si convertì la medesima in azione di manutenzione, con invocarsi il possesso oltreannale, o titoli che rassodino questo possesso, è evidente che non si amplierebbe soltanto l'oggetto o tema della prima causa, ma si proporrebbe una nuova domanda, non ricevibile in appello.

L'idea dominante del sistema contenuto negli articoli 492 e 493 del Codice di Procedura Civile è la incolumità del diritto delle parti, mediante il doppio esame nei giudizi; ed a questo principio di ragione giuridica non è lecito derogare.

Se il tribunale conferma una sentenza interlocutoria o incidentale, o riformandola non decide definitivamente il merito della causa, come ne avrebbe il potere (1), questa si deve rinviare, per il corso ulteriore, al primo giudizio, onde venga ripreso il processo del primo esame, interrotto coll'appellazione.

Può avvenire in appello che una delle parti proponga una eccezione, che risolva insieme alla questione incidentale, la intiera causa; ed in tal caso ragion vuole che il tribunale ne conosca la sussistenza, ed accogliendola decida il merito con sentenza definitiva.

A maggior ragione ancora il Tribunale può e deve risolvere tutte le questioni, che il pretore avrebbe dovuto risolvere allo stato della causa, ma che non risolse.

È ammessa, ad esempio, dal pretore una prova, ma viene rigettata dai giudici d'appello, i quali, risolvendo un'eccezione perentoria già opposta in prima istanza, statuiscono sul merito dell'azione possessoria. Il tribunale giustamente in questo caso fa quanto già doveva fare il primo giudice. E così pure il tribunale, al cui secondo esame si deferisce una sentenza, che assolse il convenuto dall'osservanza del giudizio, se ravvisando il giudizio sussistente vi ritiene il convenuto, può, facendo quello che doveva fare il primo giudice, statuire ad un tempo sul merito della causa, che sia già matura a decisione. In caso diverso nè deve decidere il merito, nè ritenere la causa per l'ulteriore istruzione, ma rinviarla al primo giudice.

Ove poi nel riformare una sentenza definitiva il tribunale di

(1) *Cassaz. di Torino,* 6 ottobre 1871; vol. XXIII, 1, 678.

Digitized by Google

appello ordini ulteriori atti di istruzione, è nella sua facoltà in tal caso di ritener la causa, oppure di rinviarla al primo giudice (1).

La ragione di questa disposizione, contenuta nel capoverso dell'art. 492, può desumersi dalla relazione Pisanelli. — « Dal fatto, osserva il medesimo, che il primo giudice riconoscendo il merito della causa in istato di essere definito, lo ha deciso, ne viene che la causa ha percorso il primo grado di giurisdizione interamente; onde il magistrato d'appello potrà ritenere la causa per la maggiore istruzione ch'egli ravvisa necessaria, senza che sia lesa la regola del doppio grado. Però, siccome può avvenire in conseguenza della nuova decisione, che molte e diverse questioni siano per sorgere nell'ulteriore corso del giudizio, le quali o non possono essere trattate per la prima volta in grado di appello, o per la maggior garanzia dei litiganti sia opportuno che percorrano il primo grado di giurisdizione, così il magistrato d'appello dovrà nel primo caso, e potrà nel secondo, rinviare la causa ai primi giudici. »

Negli incidenti sulla competenza deve il tribunale limitare il giudicato a tale questione, se in primo grado si pronunziò solo sulla competenza. Perciò il tribunale confermando o ristabiliendo la competenza, deve rinviare la causa al primo giudice per la decisione del merito. Ciò deriva dalla natura pregiudiziale della questione di competenza, non essendo le parti tenute a maturare le questioni di merito, finchè non è risolta la questione pregiudiziale. E anche nel caso, in cui nella prima sede del giudizio siasi pronunziato sul merito, non si può in appello conoscere di questo, ove venga dichiarata la incompetenza dei primi giudici. Cessa in tal caso di esistere il primo giudizio, dovendosi considerare come non avvenuto.

La Corte di Cassazione di Torino proferì una sentenza in tema di appello che è opportuno di riferire (2).

L'art. 492 del Codice di Procedura civile (osserva la Corte) può trovare applicazione tanto nel tema di semplice causa di possesso, quanto in tema di causa petitoria, ogniqualvolta dopo

(1) *Cassaz. di Firenze*, 29 dicembre 1873; *Giur. ital.*, vol. XXV, 1, 882.

(2) *Sentenza* 25 aprile 1873; *La Giur.*, 1873, pag. 462; *Giornale delle Leggi*, anno IV, pag. 270.

Digitized by Google

la sentenza definitiva viene recata in appello la stessa ed identica causa possessoria o petitoria, che agitossi in prima istanza, e si chiede la riforma del giudicato in quanto abbia erroneamente statuito sulla questione di proprietà o di possesso su cui si disputava. Ma quando havvi una sentenza, che, dichiarata l'indole possessoria della causa, pronuncia solo sulla azione di manutenzione, ed in appello si censura il primo giudice, non già perchè abbia male giudicato sul tema che si propose di trattare e decidere, cioè sul tema di possesso, ma perchè abbia male apprezzato l'indole della causa dacchè volle limitarsi a statuire come giudice del possessorio mentre era stato chiamato come giudice del petitorio, e si erano prese conclusioni sul merito, in allora è ovvio che l'autorità giudiziaria d'appello, ove riconosca fondata questa censura, non possa riformando la sentenza che statui solo sul possessorio, ritenere la causa petitoria, stata avanti di essa introdotta, e definirla senz'altro come giudice unico ed inappellabile. Gli è invece il caso, che, annullata la sentenza appellata (come proferta fuori della cerchia della giurisdizione adita) si rimandino le parti avanti il primo giudice per la discussione della questione di merito; sulla quale egli non aveva ancora nullo deciso, nè esplicitamente, nè tampoco implicitamente. E invero non può risolversi estemporaneamente in appello una questione che è affatto diversa da quella definita colla sentenza appellata, senza disconoscersi le regole più elementari della civile procedura.

257. L'intervento è infine ammesso nelle cause d'appello, ma solo per parte di coloro che hanno diritto a formare opposizione di terzo, salvo l'autorità giudiziaria riconoscendo opportuno l'intervento in causa di un terzo lo ordini d'uffizio (1).

L'intervento non è in effetto di natura da introdurre in appello una *domanda nuova*, siccome la chiamata in garanzia; ma solo vi arreca un *elemento nuovo*. La necessità della giustizia o il diritto di difesa, che si deve tutelare a favore di certe determinate posizioni giuridiche, hanno consigliato le due eccezioni che si leggono nell'art. 491 (2).

(1) Art. 491 e 205 del *Cod. di Proc. Civ.*
(2) Borsari, *Cod. di Proc. Civ., annot.*, art. 491.

Digitized by Google

L'intervento *necessario* o *uffiziale*, puro di ogni artifizio difensivo, di cui all'art 205, non sollevando nuove pretese e non aumentando l'oggetto della lite, è reclamato dall'interesse della verità (1). — L'intervento ordinato d'uffizio non impone quindi al chiamato veruna delle obbligazioni della causa.

Il Codice di Procedura avendo stabilito l'utile istituto della opposizione del terzo, l'art. 491 non è che la logica applicazione del principio che dettava le analoghe disposizioni.

Bisogna però avvertire, che per l'intervento in appello non basta un interesse qualunque più o meno remoto, quale può essere sufficiente in prima instanza; ma si richiede quell'interesse prossimo che deriva dal pericolo che la sentenza possa rendersi esecutoria contro lo stesso terzo (2).

SEZIONE SECONDA

Cassazione.

258. Le sentenze pronunziate in grado di appello possono essere impugnate col ricorso in cassazione, nei casi precisati dall'articolo 517 del Codice di Procedura Civile.

Dopo di avere accennato alla ommessione o violazione delle forme prescritte sotto pena di nullità nel corso del giudicio, ove non sanate in modo espresso o tacito, ed alla nullità di sentenza, a norma dell'articolo 361, parla detto articolo della violazione o falsa applicazione della legge. — E siccome le più frequenti e gravi questioni derivano da questa violazione o falsa applicazione, non sono inopportune alcune considerazioni.

La violazione della legge consiste nella negazione del suo precetto, e comprende ogni offesa alla sostanza del diritto; e la falsa applicazione consiste nella discrepanza di rapporto tra la legge ed il fatto, dovendo l'applicazione necessariamente rispondere al fatto; giacchè *ex facto oritur jus*. — E vi ha sempre

(1) BORSARI, *Cit. loc.*, art. 205.
(2) IDEM, *Ibidem*, art. 491.

Digitized by Google

falsa applicazione, quando una disposizione generale è applicata a caso speciale sottratto per legge al dominio di quella disposizione; o quando una disposizione eccezionale si applica a casi a cui non si estende (1).

L'apprezzamento ossia la interpretazione del fatto spetta ai giudici di merito, non alla Corte Suprema; ma è evidente che questa può prendere cognizione del fatto, se non come fine, di certo come mezzo e strumento essenziale alla definizione del diritto. La Corte di Cassazione deve spesse volte, di necessità, istituire un rapporto fra il diritto applicato nella sentenza ed il vero diritto da applicarsi, e conseguentemente deve conoscere il rapporto tra il fatto espresso nella sentenza ed il fatto reale. E ciò sempre quando sostiensi avvenuta una positiva inversione del fatto, un *travisamento* o *snaturamento*, come altri la chiama.

La violazione della legge può essenzialmente accadere in due modi, per sentenza cioè contro il precetto della legge considerato per se stesso, o per alterazione del fondamento del fatto e per la conseguente mera apparenza di osservanza della legge.

È la violazione considerata *diretta*, se la sentenza ritiene un principio contrario a quello dalla legge espresso, oppure dispone contro un comando od un divieto espressamente determinato dalla legge. Ed è cosiderata *indiretta*, quando ritiene un principio contrario a quello, che per logica induzione risulta dalle disposizioni legislative, ad un principio cioè non formalmente dichiarato, ma presupposto per l'applicazione a casi particolari, designati per analogia. — E così pure, se la sentenza, senza contraddire ad un testo della legge, o ad un principio che per analogia ne emana, parte da fallaci massime, o supposizioni, applica una disposizione legislativa non applicabile alla fattispecie e contravviene a quella, che le regole di ragione giuridica dimostravano, essere la sola applicabile.

L'articolo 517 accenna poscia ad altri cinque casi di nullità, quando cioè la sentenza pronuncia su cosa non domandata, o aggiudica più di quello che venne domandato; e quando ommise di pronunciare sopra alcuni capi della domanda, oppure contiene disposizioni contraddittorie, od è contraria a sentenza

(1) Definizione data dall'art. 587 del *Cod. di Proc. Civ.*, 1859.

Digitized by Google

precedente tra le parti, passata in giudicato, semprechè abbia pronunciato sulla eccezione di cosa giudicata.

259. Agli enunciati principii generali ed alle considerazioni sulla violazione o falsa applicazione della legge, da cui derivano complicate ed ardue questioni, giova aggiungere alcuni esempi, dei quali la massima parte ha speciale rapporto colle azioni possessorie.

I. Venne giudicata incensurabile in cassazione la sentenza, che determina il valore probativo dei fatti; ed essere per contro censurabile se ritiene, quali mezzi di prova, circostanze estranee al fatto principale, in quantochè dipende dall'arbitrio del giudice di stabilire il grado, non l'essenza della prova (1).

II. Fu pur deciso che la prova testimoniale essendo prova di presunzione, e le presunzioni dell'uomo non vestendo mai carattere d'una prova positiva, il giudicio sulla medesima sfugge alla cassazione; e così pure vi sfugge il giudizio di criterio, con cui siensi apprezzati i documenti prodotti in causa (1).

III. Venne eziandio deciso che non puossi discutere in cassazione quanto potrebbe forse condurre ad un più legale apprezzamento del fatto, ove ciò non abbia formato oggetto di discussione dinanzi ai primi giudici (1).

IV. Se però i giudici del diritto devono rispettare i fatti dichiarati costanti dai giudici del fatto, possono tuttavia pronunciare la cassazione della sentenza, ogni volta dai fatti medesimi derivino conseguenze giuridiche, diverse da quelle accolte dalla sentenza denunciata (2).

V. Nel giudizio di cassazione non si può discendere all'esame del fatto relativo alla esistenza delle qualità necessarie, perchè un possesso possa dirsi manutenibile: la sentenza, che le constata e le dice esistenti, non può essere censurata dai giudici del diritto. Solo tale sentenza potrebbe essere soggetta a cassazione, ove le qualità constatate non presentassero i caratteri all'uopo voluti dalla legge (3).

(1) *Giur. ital.*, vol. XII, 1, 129, 415, 463, 707 e 709; vol. XVII, 1, 811, e vol. XIX, 1, 520.

(2) *Giur. ital.*, vol. XIII, 1, 524.

(3) *Cassaz. di Torino*, 15 febbraio 1860; *Giur. ital.*, vol. XII, 1, 76.

Digitized by Google

VI. È pur questione di fatto, incensurabile in cassazione, l'apprezzamento dei documenti, dai quali è tratta la qualificazione di un possesso (1).

VII. Il giudizio sulla irrilevanza *in fatto* di capitoli, diretti a provare un possesso, sfugge alla censura della cassazione (2).

VIII. È incensurabile in cassazione la *dichiarazione del fatto* di un possesso; è solo censurabile, qualora sia definita contro il diritto; e così pure il giudizio sulla questione, se un possesso durava o no da oltre un anno, e se sia stato o no turbato (3).

IX. La sentenza che, confrontate le conclusioni di una parte in corso di causa con quelle finali e constatato non esservi divario fra le une e le altre, dichiara priva di fondamento l'asserta trasmutazione della causa possessoria in causa petitoria, pronuncia un giudizio di fatto incensurabile in cassazione (4).

X. È decisione di diritto la sentenza, la quale dichiara che, in materia di servitù legale di passaggio, il giudice del possessorio può soltanto occuparsi della questione relativa al mantenimento del possessorio, e che il determinare il luogo, dove a minor danno del fondo serviente devesi esercitare la servitù, appartiene al giudice del petitorio (5).

XI. Il tribunale che dietro esame della domanda e degli atti della causa ritiene, essere di manutenzione e non di spoglio l'azione possessoria promossa dall'attore, pronuncia un giudizio di mero fatto non censurabile in cassazione (6).

XII. La sentenza, che dietro una prova testimoniale esclude la violenza propriamente detta, ma ammette la consumazione di fatti arbitrarii da autorizzare la reintegrazione del possesso, non può fornire materia di cassazione, siccome giudizio di fatto (7).

(1) *Cassaz. di Torino,* 4 febbraio 1857; *Giur. ital.*, vol. IX, 1, 140.

(2) *Cassaz. di Milano,* 11 aprile 1862 e 26 agosto 1864; *Giur. ital.*, vol. XIII, 1, 550; vol. XIV, 1, 357, e vol. XVI, 1, 660.

(3) *Cassaz. di Firenze,* 31 gennaio 1867, vol. XIX, 1, 58, e 3 settembre 1870, vol. XXII, 1, 764 di detta *Raccolta della Giur. ital.*

(4) *Cassaz. di Milano,* 31 maggio 1865; *Giur. ital.*, vol. XVII, 1, 327.

(5) *Corte Suprema di Rev. di Parma,* 13 agosto 1860; *Giur. ital.*, vol. XII, 2, 859.

(6) *Cassaz. di Torino,* 30 luglio 1869; *Giornale delle Leggi,* anno I, pag. 159.

(7) *Cassaz. di Napoli,* 23 aprile 1869; *Giur. ital.*, vol. XXI, 1, 245.

Digitized by Google

E così anche l'apprezzamento d'ogni circostanza e fatto, costituenti o no lo spoglio (1).

XIII. Il pronunziare se uno spoglio fu violento od occulto, è giudizio misto di fatto e di diritto, entrando, come elemento di tale giudizio, il criterio giuridico della violenza e della clandestinità. L'apprezzamento delle circostanze, determinanti od escludenti la clandestinità e la violenza dello spoglio, sfugge, come ogni altro giudizio di fatto, alla censura della Corte Suprema, solamente quando abbia per base la retta intelligenza di ciò che sia violenza e clandestinità nel concetto della legge. — Ma se dal tenore della sentenza si rileva che il giudice ritenne, mancare il concorso di questi estremi, in quanto si formò un concetto erroneo ed inesatto dei medesimi, allora non trattasi più di un giudizio di puro fatto per sè stante, sibbene di un giudizio misto di fatto e di diritto, e quindi soggetto a cassazione, attesa l'influenza che il falso criterio giuridico dovette per necessità avere nella determinazione del fatto (2).

XIV. La facoltà di ordinare il sequestro di un immobile, la cui proprietà o il cui possesso sia controverso, volgendo sopra una questione di fatto, il cui apprezzamento spetta al giudice del merito, è incensurabile in cassazione la relativa decisione (3).

XV. Viola la legge e vuolsi annullare la sentenza, che in giudizio possessorio, invertendo l'ordine delle prove, mette a carico del convenuto la prova del non possesso dell'attore.

XVI. Viola pure la legge la sentenza, che in giudizio possessorio tralascia l'esame sul carattere del possesso.

XVII. Si ha per mancante la motivazione in una sentenza, che contenga motivi contraddicenti fra di loro; ed è quindi tale sentenza censurabile in cassazione (4).

XVIII. Se i giudici di merito non distinguono la differenza, che intercede tra l'azione di reintegra e quella di turbativa di possesso, e aditi per l'azione di manutenzione ordinano la prova di spoglio violento o clandestino, e così un mezzo istruttorio,

(1) *Cassaz. di Milano*, 16 maggio 1861; *Giur. ital.*, vol. XIII, 1, 585.
(2) *Cassaz. di Firenze*, 9 febbraio 1874; *Giornale delle Leggi*, anno V, pag. 150.
(3) *Cassaz. di Napoli*, 16 giugno 1869; *Giur. ital.*, vol. XXI, 1, 365.
(4) *Cassaz. di Torino*, 1° febbraio 1872; *La Giur.*, 1872, pag. 196.

Digitized by Google

che non può condurre alla vera risoluzione della disputa agitata tra le parti, vi ha una manifesta violazione della legge, e la sentenza deve di necessità annullarsi (1).

XIX. La sentenza che pronuncia, il possessore a titolo singolare, non precario, avere diritto ai vantaggi del possesso prescrittivo, sebbene abbia acquistato *a non domino*, non viola alcuna legge. — Non può dirsi violata la legge con argomentazioni, induzioni e presunzioni, se la sentenza è suscettiva di una interpretazione conforme alla medesima (2).

XX. Le eccezioni risguardanti il merito di una questione non possono proporsi in cassazione per la prima volta. Si possono dimostrare in cassazione tutte le violazioni di diritto che risultano dalla sentenza od anche dal processo, se queste ultime siano tali da annullarlo in forza di un diritto generale ed assoluto; ma non può accogliersi la censura ad una sentenza di non avere giudicato in un modo qualunque questioni di fatto e di diritto che non vennero proposte (3).

(1) *Cassaz. di Napoli*, 11 agosto 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 944.
(2) *Cassaz. di Torino*, 1° giugno 1855; *Giur. ital.*, vol. VII, 1, 483.
(3) *Gazzetta dei Tribunali*, 1850, tom. 1, pag. 269; 1856, tom. 1, pag. 623; 1857, tom. 1, pag. 163; 1857, tom. 1, pag. 310, 533 e 551; 1858, tom. 1, pag. 337.

Digitized by Google

CAPO SETTIMO

Effetti della cosa giudicata.

---

260. Gli effetti della sentenza nei giudizi possessorii sono diversi, secondo la diversa natura delle due azioni.

Quegli che è mantenuto nel possesso oltreannale, in cui è di una cosa, non può più esserne evitto, che con un'azione petitoria. Egli è reputato proprietario sino a che il suo avversario provi il diritto alla proprietà con un titolo formale, o per mezzo di un possesso prescrittivo anteriore al suo.

È principio inconcusso, che la sentenza resa nel giudicio di manutenzione, limitandosi a mantenere l'una delle parti in possesso, quand'anche si appoggi nel decidere ad un titolo od alla legge, attributivi del diritto in merito, non può mai acquistare su quest'ultimo punto l'autorità della cosa giudicata. Una tale sentenza non forma che una pura presunzione di proprietà, la quale può essere distrutta con prova contraria nel petitorio.

Questo principio non soffre eccezione, ed è anche applicabile al caso, in cui la sentenza sia appoggiata a legge, la quale non solo faccia da segni od indizi risultare una presunzione di proprietà esclusiva o comune; ma espressamente consacri una simile presunzione.

La cosa giudicata nasce dal dispositivo; e, se ai motivi può ricorrersi per determinarne la forza, ciò avviene quando il dispositivo è dubbio, non già quando non presenta incertezza. Perciò non possono invocarsi i motivi della sentenza per sostenere che essa abbia giudicato sul petitorio, quando il dispositivo si limita al possessorio e nulla determina quanto al petitorio (1).

(1) *Cassaz. di Torino*, 22 giugno 1852; *Giur. ital.*, vol. IV, 1, 563.

Digitized by Google

La sentenza resa nel possessorio non è cosa giudicata neanco per istabilire nel petitorio l'indole ed i caratteri del possesso (1).

Colui che è mantenuto nel possesso di una cosa, quand'anche soccomba nel petitorio, non può essere condannato alla restituzione dei frutti da lui percetti dopo la sentenza di manutenzione, sotto il pretesto che questa sentenza non lo aveva mantenuto che provvisoriamente ed a titolo precario. Il giudicato in possessorio è definitivo sui fatti e sul carattere del possesso; egli fa presumere il diritto di proprietà a favore del possessore e lo costituisce in buona fede. Egli guadagna perciò i frutti ricavati dai beni sino a che il convenuto non abbia stabilite in via petitoria le sue ragioni di proprietà (2).

Non è già che la buona fede sia una conseguenza della sentenza di manutenzione; poichè la buona fede non è una delle condizioni richieste per poter intentare l'azione di manutenzione. Un possesso può essere pubblico, pacifico, e con animo di tener la cosa come propria, e tuttavia non essere di buona fede; potendo questa sussistere ed essere apprezzata indipendentemente da ogni atto, o contratto, come quella che si riferisce all'origine del possesso.

Di fatti, qual è la buona fede? La buona fede consiste nel possedere come proprietario in virtù di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale il possessore ignorava i vizi (3).

Ora si presume sempre che ciascuno possieda per se stesso, ed a titolo di proprietà, quando non si provi che siasi incominciato a possedere in nome altrui (4).

La buona fede si presume pertanto in ciascun possessore sino a prova contraria (5); ed il possessore può essere stato mantenuto nel suo possesso, quantunque di mala fede, e conscio del vizio del suo titolo; non potendosi la medesima nel giudizio possessorio prendersi come criterio del giudicare; giacchè un possesso può aver avuto luogo non solo a titolo non precario;

(1) *Cassaz. di Milano*, 11 gennaio 1861; *Giur. ital.*, vol. XIII, 1, 89.

(2) *V.* SIREY, tom. 2, par. I, pag. 115; *Leg.* 23 pr. e § 1; *Leg.* 48, *ff. de adquir. rer. dom.*

(3) *Cod. Civ.*, art. 701.

(4) *Cod. Civ.*, art. 687.

(5) *Cod. Civ.*, art. 702.

Digitized by Google

ma, quel che è più, a titolo di proprietà, e non essere di buona fede. La buona fede non è dunque un carattere necessario alla manutenzione in possesso; e non ne è una conseguenza. Ma se essa si presume in un semplice possessore, maggiormente ciò debb'essere in chi venne giudicialmente mantenuto nel suo possesso; ed a quest'ultimo con più ragione è applicabile la disposizione dell'articolo 703, secondo il quale il possessore di buona fede fa suoi li frutti, e non è tenuto a restituire se non quelli percepiti dal giorno della giudiciale domanda.

Colui, che venne giudicialmente mantenuto nel possesso, non è perciò tenuto a restituire i frutti, se chi allega la mala fede non la provi, e non viene la medesima dichiarata formalmente dai giudici del petitorio.

La manutenzione in possesso non esime però dal risarcimento del danno arrecato al fondo, ove in petitorio risulti che il diritto di possedere non competeva. In effetto la manutenzione produce l'effetto di conservare lo stato delle cose quale si trova, ma non di mutare la condizione giuridica delle persone, le quali, ottenendo la ricognizione dei loro diritti sulla cosa, hanno ragione al risarcimento del danno arrecato per negligenza o colpa (1).

Sul punto poi, se quegli che dopo aver ottenuto favorevole sentenza nel possessorio perda la causa nel petitorio, sia tenuto alla restituzione delle spese, e dei danni ed interessi derivanti dall'atto di turbamento, a cui egli aveva fatto condannare il suo avversario, gli autori rispondono negativamente. Ed a ragione. Questi danni e queste spese vennero causate dal fatto di questo ultimo; gli è desso che all'autorità pubblica sostituì la sua forza privata, facendosi giustizia di sua mano, e pose così il primo nella necessità d'invocare l'aiuto della legge, e di far reprimere le sue vie di fatto. Egli turbò un possesso che la legge guarentiva; e commise un atto illecito, una violenza alla legge. E doveva perciò essere punito. Ma non lo sarebbe che imperfettamente, se egli potesse in seguito ripetere le spese e le indennità, od anche soltanto queste ultime. La condanna non opererebbe in

(1) *Cassaz. di Torino*, 22 luglio 1874; *La Giur.*, 1875, anno XII, pag. 21. — *Cassaz. di Firenze*, 27 novembre 1871; *Ann. della Giur. ital.*, 1, 411.

Digitized by Google

tal caso altro che il deposito di una cosa, che si potrebbe sempre riacquistare.

261. Una questione si elevò e venne diversamente decisa sul punto se la manutenzione nel possesso di una servitù dispensi dal provare in petitorio il diritto alla servitù contrastato dal proprietario del fondo che si pretende serviente.

Per l'affermativa s'invoca la presunzione nascente dal possesso; e siccome il possesso di una cosa ne fa presumere la proprietà, così il possesso di una servitù ne fa presumere il diritto (1).

Ma in senso contrario si osserva, che la proprietà si presume libera, epperciò chi pretende una servitù deve nel petitorio provarne la legittima esistenza. E a questo principio rende omaggio la patria giurisprudenza (2).

Si avverte, a tale proposito, come l'indole e lo scopo siano differenti nei due giudizi, come cioè il possessorio abbia per oggetto la pura difesa del possesso contro l'uso dell'arbitrio e della forza, e sia vietata la discussione e l'indagine sulla pertinenza della cosa o del diritto; mentre il petitorio è diretto alla tutela della proprietà e così alla discussione calma delle relative ragioni. E si deduce da ciò che la cosa giudicata intorno al possesso non potendo nuocere alle ragioni di merito (3), la massima che il possesso fa presumere il diritto, se è vera quando si contende della proprietà di una cosa, non può esserlo quando la contesa risguarda una servitù; giacchè in questo caso detta presunzione resta paralizzata e distrutta da una presunzione contraria, quale è quella di libertà della proprietà.

Brunemann *ad Leg. 9, Cod. de servit. et aq.* insegna, *servitutem esse probandam etiam ab eo qui in possessione servitutis sit; ita ut possessio, quia contra naturam rei primævam est, possidentem non relevat* (4).

Passando poi alle sentenze di reintegrazione, vuolsi osservare

(1) DURANTON, tom. 3, n° 641; ZACHARIÆ, tom. 1, § 219; TOULLIER, tom. 3, n° 714.

(2) *Sentenza della Corte di Cassaz. di Torino,* riferita nella *Raccolta della Giur. ital.,* vol. IV, 1, 563, ed altra riferita nella *Giur.,* 1872, pag. 263, non che la *Sentenza della Corte d'Appello di Torino,* riferita nella *Giur. ital.,* vol. VI, 2, 460.

(3) *Leg.* 12 e 52, *Dig., De adq. vel amitt. poss.; Leg.* 12, § 3, *De except. rei jud.*

(4) *V. Giur.,* 1872, pag, 263.

Digitized by Google

che l'unico loro effetto è di rimettere le cose nel loro primo stato. La reintegrazione è stabilita meno nell'interesse delle parti che in quello dell'ordine pubblico; il suo fine essendo solo di prevenire e di punire le violenze e le usurpazioni, nulla toglie nè aggiunge ai diritti delle parti. Non si verifica perciò alcuna presunzione di diritto, e la sentenza non forma punto cosa giudicata sul possesso, potendo sempre chi soccombette nel giudizio di reintegrazione ricorrere all'azione di manutenzione in possesso nell'anno dalla infertagli molestia, ove provi un possesso oltreannale anteriore a quello, in cui il suo avversario venne ristabilito (1).

Però le spese, i danni ed interessi, a cui fosse stato condannato nel giudizio di reintegrazione in conseguenza dell'operato spoglio, non potrebbe ripetere, vincendo nel giudizio di manutenzione.

L'art. 445 del Codice di Procedura Civile dichiara, come si è già a suo luogo osservato, che il giudizio possessorio, finchè non sia pronunziata la sentenza, e questa non sia stata eseguita interamente, impedisce al convenuto di promuovere il giudizio petitorio. La Corte di Cassazione di Napoli (2) decise il punto di questione, se la mancanza di esecuzione delle condanne possessorie sia un vizio che renda nulla la citazione in giudizio petitorio, o solo costituisca un impedimento, che cessi colla esecuzione delle sentenze.

La Corte osservò che la mancanza di esecuzione delle condanne possessorie non è mica un vizio sostanziale dell'azione petitoria, sicchè renda nulla la corrispondente citazione, ma costituisce solo un impedimento allo svolgimento di essa, e in altri termini quello che opportunamente dicesi *fine di non ricevere,* il quale cessa coll'adempimento della condizione, perchè, allora *res incidit in eum casum a quo incipere potest.*

(1) Art. 697 del *Cod. Civ.*
(2) *Sent.* 17 febbraio 1870; *Giur. ital.,* vol. XXII, 1, 183.

FINE DELLA PARTE PRIMA

Digitized by Google

PARTE SECONDA

DELLE

AZIONI DI DENUNCIA DI NUOVA OPERA

E

DI DANNO TEMUTO

Digitized by Google

Digitized by Google

PARTE SECONDA

DELLE AZIONI DI DENUNCIA DI NUOVA OPERA E DI DANNO TEMUTO

TITOLO PRIMO

CONCETTO GENERALE DELLE DUE AZIONI.
LORO OGGETTO, NATURA E RAPPORTO COLLE AZIONI POSSESSORIE
E PETITORIE. — COMPETENZA.

CAPO PRIMO

Concetto generale.

262. La libertà naturale, protetta dalla legge, di disporre delle cose proprie in modo assoluto trova una necessaria restrizione nel rispetto dovuto alle proprietà altrui. E siccome val meglio prevenire il male che ripararlo, giusta l'assioma: *Melius est occurrere in tempore, quam post factum remedium quærere*, vennero nel diritto romano con sapiente previdenza istituiti i rimedi *De operis novi nunciatione* e *de damno infecto* (1). L'oggetto di questi interdetti è quello di tutelare le nostre proprietà da un danno minacciato per fatto d'altri, con far sospendere la continuazione dei lavori intrapresi, i quali cambiando il preesistente stato di cose siano di natura tale, da poter nuocere ai nostri fondi o diritti reali, o coll'assicurarci dalla minaccia di danno futuro in conseguenza di opere già esistenti, le quali per difettosa costruzione, per vetustà, o per altra qualsiasi causa diventino pericolose alle nostre proprietà e sicurezza. Può in

(1) *Leg.* 1, *De oper. novi nunciat.; Leg.* 1, *De damno infecto.*

Digitized by Google

effetto nascere un pericolo di danno tanto dal fatto di una innovazione che si tenti, quanto dal fatto di opera anche antica, che minacci rovina od altrimenti ponga a repentaglio l'esistenza e la incolumità dei nostri diritti. Hanno pertanto le due azioni il comune scopo di prevenire un danno, trovandone la causa in un fatto attuale, sia esso innovativo e volontario, o consista in uno stato di cose divenuto pericoloso, quand'anco non vi concorra l'opera e la volontà dell'uomo.

Nunciatio novi generis pertinet ad avertendum damnum imminens ex opere, quod nondum factum est; si vero opus jam factum sit, atque ex eo timeatur damnum, locum habet cautio, quam jureconsulti de damno infecto vocant (1). E queste istituzioni trovano un largo sviluppo nella dottrina del diritto romano.

263. Il Codice Civile Albertino classificò le azioni di denuncia di opera nuova e di danno temuto nel capo *dei delitti e dei quasi delitti*, considerandole derivate da cause e fatti producenti obbligazioni personali (2). Il Codice Civile italiano però, meglio apprezzando l'indole di questi rimedi e la loro relazione coi principii del diritto, conservò ai medesimi l'antica impronta della giurisprudenza romana; e assegnandoli al titolo del possesso li coordinò logicamente a quel sistema, di cui sono parte essenziale.

Il Codice di Procedura Civile concorse eziandio a caratterizzare le due azioni, già ridotte alle loro più semplici e schiette forme, determinandone il modo e collocandole sotto lo stesso titolo del sequestro, stante l'analogia nei provvedimenti, di natura interinali ed estranei al merito della controversia sopra il *jus possidendi* (3).

(1) Richeri, *Jur. univ.*, tom. 12, lib. IV, tit. XXXVIII, §§ 137 e 138; *Leg.* 1, 5, 8 e 20, *Dig.*, *De oper. novi nunciat.*; *Leg.* 1, 2, 3 e 7, *Dig.*, *De damno inf.*

(2) Art. 1505 e 1506; *Cod. austr.*, art. 341 e 343.

(3) *Cod. Civ. ital.*, art. 698 e 699; *Cod. di Proc. Civ.*, tit. XI, cap. II.

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Natura ed oggetto della denuncia di nuova opera e di danno temuto. Rapporti coi giudizi possessorii e petitorii.

---

264. Le azioni di denuncia hanno per oggetto un semplice provvedimento temporario ed interinale, correlativo ad altro giudizio principale, unico loro oggetto essendo di conseguire provvisorie misure tutelari, che, a modo quasi di sequestro conservativo, lasciano intatte tanto le questioni di proprietà, quanto quelle di possesso. Sono azioni puramente accessorie, che s'innestano a corrispondente azione di merito, introducendovisi come questione accidentale, ovvero precedendone il giudizio come misura preliminare e temporanea di cautela, per motivo d'urgenza.

Non appartengono esse alla classe delle azioni possessorie, malgrado abbiano per oggetto la protezione delle cose da fatti, che ne minacciano la sicurezza e la integrità. Difatti il soggetto, la base e lo scopo dell'azione possessoria è il possesso stesso, che dev'essere conservato o restituito intero nel caso di turbazione o di privazione; e inoltre l'azione possessoria costituisce un giudizio tutto suo proprio, non accessorio e subordinato ad altra azione e ad altro giudizio. Le azioni invece di denuncia, d'indole affatto speciale, possono appoggiarsi indistintamente alle ragioni di possesso o di proprietà (1), e si rapportano necessariamente alle medesime, come ad obbietto sostanziale e definitivo; cosichè non formano che un incidente per relazione al giudizio di merito. — Queste azioni in sostanza, sebbene attribuite alla speciale giurisdizione del pretore, suscitano sempre la

(1) *Cassaz. di Firenze*, 18 marzo 1869, e *Cassaz. di Torino*, 14 giugno 1870.

Digitized by Google

discussione sulle ragioni di proprietà o di possesso, e trasportano per conseguenza la discussione legale sul terreno dei relativi diritti in giudizio petitorio o possessorio, preconizzato dalla denuncia stessa.

Vuolsi pertanto nella denuncia distinguere la causa finale dal termine e dallo scopo immediato, consistendo questo scopo nella pura sospensione dell'incominciato lavoro o nella rimozione del pericolo, e risolvendosi il giudizio in provvedimenti d'urgenza, che le circostanze richiedono, e nel conseguente rinvio della causa e delle parti al giudizio principale avanti l'autorità giudiziaria competente, alla quale spettano l'esame e la sentenza sulla controversia in via petitoria, se v'ha conflitto di diritti sulla proprietà o sulla ragione d'innovare, oppure in via possessoria, se il denunciante la prestabilisce o la propone il convenuto (1).

L'art. 82 del Codice di Procedura Civile, le cui varie determinazioni si armonizzano quanto al fine di porgere rimedi facili e pronti contro fatti, che arrecano o minacciano danno alle cose altrui, separa appunto le azioni di denuncia di nuova opera e di danno temuto dalle azioni possessorie, considerandone la differenza di carattere, di causa e di effetti.

È però necessario di avere un possesso, un diritto alla cosa, per promovere siffatte azioni, accennando la legge a cose possedute (2).

La Corte di Cassazione di Napoli (3) osservò non essere necessario di fare la storia di tutte le viete disposizioni sull'indole della denuncia di nuova opera, per decidere che nell'esperimento di quest'azione abbisogna un possesso civile, dacchè l'art. 698 attribuisca la facoltà della denuncia a chi abbia ragione di temere che sia per derivar un danno ad un immobile, ad un diritto reale, o ad altro oggetto *da lui posseduto*. Vi vuole adunque, aggiunse la Corte, il possesso per potersi provocare l'interdetto di nunciazione; e la legge intende parlare di possesso di diritto ossia civile, e non di possesso puramente di fatto, com'è chiaro dal

(1) *Ann. della Giur. ital.*, III, 1, pag. 124; *Gazzetta dei Tribun. di Napoli*, vol. 1, pag. 290; *La Giur.*, anno VII, pag. 475; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzione del diritto civile*, 211.

(2) *Cassaz. di Firenze, Sent.* 3 agosto 1874; *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 120.

(3) *Sent.* 3 marzo 1871; *Giur. ital.*, vol. XXIII, 1, 218.

Digitized by Google

precedente art. 690, posto sotto lo stesso titolo del possesso, dov' è detto che *il possesso della cosa, di cui non si può acquistare la proprietà,* non ha effetto giuridico. E quindi ragionando sulla fattispecie sottoposta alla decisione, osservò che trattandosi di servitù discontinua, incapace di possesso civile, tornava inammessibile l'azione di nunciazione; giacchè la servitù discontinua, quando manca il titolo, è considerata dalla legge come un puro atto di tolleranza, epperò non ha possesso riconosciuto, e non può servire di base ad un'azione giudiziale (1).

265. Dalle premesse osservazioni ne consegue che la denuncia, esclusa dal novero delle azioni possessorie ordinarie, può tuttavia considerarsi come speciale azione possessoria, in quanto serve di difesa ai possessi in giudizio avanti il pretore, investito di speciale giurisdizione, sotto la forma di preliminare incidente relativo ad una causa di merito, senza che però questo suo carattere obbiettivo nulla detragga alla natura e al fine dell'azione stessa.

E siccome la denuncia può accompagnare, a vece di precedere il giudizio principale, petitorio o possessorio, come si è precedentemente osservato, torna qui opportuno di riferire la sentenza 2 luglio 1874 (2), colla quale la Corte di Cassazione di Torino ebbe a risolvere la controversia suscitata in conseguenza dell'esercizio contemporaneo dell'azione di denuncia e dell'azione possessoria di manutenzione. La Corte considerò che non v'ha punto in simile caso confusione di azioni, ma sibbene la determinazione dello scopo, a cui sono diretti i richiami sporti nell'atto iniziativo del giudizio di denunciazione. Nè sorge, aggiunse la Corte, cumulo vietato dalla legge, essendo solo interdetta l'unione del giudizio possessorio col petitorio. Anzi detto modo di esercizio cumulativo della denuncia coll'azione, che costituisce l'obbietto finale del diritto che si vuole tutelare, risponde ai veri intendimenti della legge.

(1) *V.* n^{i} 284, 285 e 291, ove è espressa l'opinione potersi dare, quanto alla azione di danno temuto, una più larga interpretazione ed un più esteso senso alla parola *possesso.*

(2) *Giur. ital.*, vol. XXVI, 1, 748. — *V.* anche *Sent.* 5 settembre 1874, nello stesso volume, par. I, pag. 689.

Digitized by Google

La Corte di Cassazione di Napoli (1) decise pure che la denuncia di nuova opera non è incompatibile coll'azione possessoria, per turbativa; epperciò nulla vieta che queste due azioni siano simultaneamente proposte.

In sostanza la denunciazione non è che cosa accessoria ed incidentale nel giudizio principale, giusta i già esposti principii, connettendosi quest'azione e legandosi di sua natura col possessorio o col petitorio, anche quando è proposta senza accennare all'uno od all'altro giudizio; come quella che sempre involve la difesa di un diritto, e così di un'azione principale, virtualmente inclusa nella domanda in difetto di formale proposta.

Non vuolsi però confondere il caso, in cui uno agendo, per esempio, in via possessoria chiede preliminarmente l'inibizione di continuare l'opera intrapresa, col caso in cui si scambi l'obbietto della controversia, come fu quello deciso dalla Corte di Cassazione di Torino con sentenza 23 giugno 1875 (1). Uno, dopo d'aver per ricorso domandato la sospensione d'intrapresa opera, propose con altro susseguente atto di citazione l'azione di manutenzione per turbato possesso e la conseguente distruzione dell'opera, ponendo in campo, a sostegno dell'azione, la servitù *altius non tollendi*, non giustificata da alcun fatto, che stabilisse il *jus prohibendi* e potesse dar luogo all'azione possessoria. Per tale modo coll'atto di citazione si scambiò l'obbietto della controversia accennato nel ricorso, essendosi sollevata in via principale una questione, che solo poteva discutersi in sede petitoria e che per valore eccedeva la competenza pretoriale.

266. Può nascere il dubbio, se i principii generali sopra espressi possano in realtà applicarsi all'azione di danno temuto, come indubbiamente si applicano alla denuncia di nuova opera.

E, in effetto, poste in confronto le disposizioni dell'art. 698 con quelle dell'art. 699, una non lieve diversità scorgesi tra di esse, derivante dalla diversa loro causa ed oggetto.

(1) *Sent.* 17 novembre 1874; *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 65. — Lo scopo della denuncia, osserva la Corte, non viene a mutarsi, se il denunciante, trovandosi da oltre un anno nel possesso legittimo del suo immobile, viene a reclamare eziandio di non essere molestato, e, chiesta la sospensione dei lavori, conchiude in merito che si rimettano le cose nello stato primiero.

(2) *La Giur.*, 1875, pag. 629.

Digitized by Google

L'art. 698 dichiara esplicitamente interinale e temporaneo il provvedimento di divieto o di permissione di continuare l'opera intrapresa, in aspettativa della definitiva decisione sul merito nel giudizio di remissione. L'art. 699 all'opposto non accenna punto ad un simile giudizio di remissione; e conseguentemente dal confronto delle due diverse disposizioni può il provvedimento sulla denuncia di danno temuto sembrare definitivamente risolutivo della controversia, sia che si provveda per ovviare al pericolo, sia che s'ingiunga al vicino di dare cauzione pei danni possibili.

La denuncia di nuova opera genera inoltre necessariamente la questione sul diritto di farla, mentre nella denuncia di danno temuto può intendersi risolta ogni questione col provvedimento, che ripara al pericolo. Il proprietario di un edifizio, che minaccia rovina, non vorrà, in ipotesi, e non potrebbe proporre la ragione di lasciare sussistere e continuare questo pericolo, ove realmente esista; ma se suscita una controversia su tale proposito, il pretore la risolve, come inerente all'oggetto della azione promossa, e col suo provvedimento resta esaurito il relativo giudizio; cosichè si avrebbe una sentenza definitiva, più solo revocabile in appello.

È però evidente l'analogia dei principii, che regolano le due azioni, e come nell'una e nell'altra il provvedimento pretorio non possa esaurire la questione di merito, ma debba rimanere circoscritto nella sua sfera di atto provvisorio, di misura d'urgenza, estranea alle controversie che si riferiscono al diritto, le quali possono sorgere in diversi modi e per diverse cause, e spettano alla giurisdizione ordinaria.

Ogni dubbio del resto scompare a fronte del Codice di Procedura Civile, che nel N° 3 dell'art. 82 comprende complessivamente, con una dizione sola, le due azioni di danno temuto e di denuncia di nuova opera; e negli articoli 938 e 940 stabilisce indistintamente per amendue una uguale procedura, la stessa forma della domanda, lo stesso rito, lo stesso rinvio delle parti davanti l'autorità giudiziaria competente a pronunziare sul merito della controversia, in seguito ai provvedimenti temporanei, che il pretore abbia creduto di ragione.

Digitized by Google

Può di certo accadere che nell'esercizio dell'azione di danno temuto non sopravvengano opposizioni, non sorgano questioni di merito, ed anzi si riconosca la giustizia della domanda e conseguentemente si acconsenta, senz'altro, all'esecuzione del provvedimento. In tal caso cessa naturalmente ogni ragione di rinvio, diventando definitivo il provvedimento; ma ciò avviene per effetto di adesione, per accordo delle parti, anzi che per effetto di sentenza.

Digitized by Google

CAPO TERZO

Competenza. — Atti amministrativi.

SEZIONE PRIMA

Competenza.

---

267. Le azioni di denuncia di opera nuova e di danno temuto, dettate dalla necessità di una pronta difesa, vennero affidate alla speciale giurisdizione del giudice locale, qualunque ne sia il valore, purchè proposte entro l'anno dal fatto che vi diede origine. Ma, dati i provvedimenti conservativi ed interinali loro proprii, sorge una giurisdizione nuova e diversa per la risoluzione del merito della controversia, indicato o virtualmente incluso nella denuncia stessa, una giurisdizione che, astraendo da quella di puro fatto esercitata dal pretore, prende norma dalle regole generali di competenza.

Il giudizio di denuncia, quale è organizzato dalla legge, costituisce pertanto una determinazione preliminare in una causa, il cui merito è rimesso alla decisione della competente autorità giudiziaria.

Ne sussegue che se la denuncia, a vece di precedere la causa del merito, viene proposta contemporaneamente a questa, si trasforma in una pura questione accessoria ed incidentale; e resta quindi sottratta alla speciale giurisdizione del pretore. Conseguentemente non potrebbe più esso provvedere, salvo si trattasse di controversia compresa nella sfera ordinaria di sua competenza, come nei casi di giudizio possessorio o di causa petitoria di un valore non eccedente le lire millecinquecento.

Digitized by Google

E così pure se la denuncia viene proposta quando già verte il giudizio di merito, immedesimandosi in tale caso, come cosa accessoria, nell'azione principale (1).

268. Il dotto scrittore, già più volte citato, fa le seguenti osservazioni sul tema dei rapporti della denuncia di nuova opera col giudizio petitorio, e sul tema della competenza (2).

« Passo a considerare, esso scrive, il movimento processuale della denuncia di nuova opera, quando la si promuove in correlazione ad un giudizio petitorio. Se il petitorio è già prima incominciato, la denuncia riveste ancora la forma e segue la via degl'incidenti: e pare a noi che similmente si debba procedere, quando con *un medesimo atto di citazione* denunciandosi l'opera nuova si *introduca il giudizio petitorio,* prendendo conclusioni formali appropriate all'azione petitoria, che s'introduca: nata contemporaneamente, si può ben dire con verità che la denuncia si connette con un'azione petitoria pendente; oltre che la forma degli incidenti spetta a qualunque azione accessoria per diritto processuale comune, a cui non appare abbastanza chiaramente che la legge abbia nel caso nostro derogato. Il *jus singulare* compare però evidentissimo nell'ultima ipotesi, nella quale il denunciante pur annunciando il giudizio petitorio, *che promuoverà,* si limita per ora a chiedere quei provvedimenti interinali, che sono proprii della nunciazione di nuova opera: per diritto comune, la domanda di provvedimenti interinali dipendente da un'azione principale, benchè questa non sia ancora formalmente proposta (dico *formalmente*, cioè *per conclusioni formali;* perchè virtualmente l'azione principale già si trova esercitata colla sola domanda di provvedimenti interinali, che ne dipendono), per diritto comune, ripeto, tale domanda spetta a quella giurisdizione, a cui appartiene la correlativa azione principale (Codice di Proc. Civ., art. 99, 389, N° 1); secondo il quale principio, la *novi operis nunciatio* in correlazione ad un giudizio petitorio,

(1) *Codice di Proc. Civ.*, art. 71, 82, 93, 938 e 940. — *Cassaz. di Firenze*, 10 ottobre 1866 e 18 marzo 1869; *Ann. di Giur. ital.*, vol. I, 1, 128, e vol. III, 1, 124. — *Cassaz. di Torino,* 14 giugno 1870 e 18 marzo 1873; *La Giur.*, 1870, pag. 475, e 1873, pag. 442. — *V.* anche *Gazzetta dei Tribun. di Napoli,* vol. I, pag. 290. — *V.* n[i] 264 e 265.

(2) PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche,* pag. 419.

Digitized by Google

che si debba di poi aprire dinanzi al tribunale civile, si dovrebbe proporre in via sommaria presso il tribunale medesimo: ma in questa parte la legge deroga alla norma comune, e investe i pretori di una giurisdizione speciale. Sappiate adunque (quando diciamo in modo assoluto, che i pretori sono competenti a conoscere delle azioni di denuncia di nuova opera) che questa regola procede da due fonti diverse: se l'opera nuova si denuncia in correlazione all'esercizio di un'azione possessoria, la detta regola procede in forza del diritto comune, il quale attribuisce sempre ad una sola e medesima giurisdizione l'azione principale e l'azione accessoria; ma se la nunciazione di nuova opera si fa in correlazione a un giudizio petitorio, che non si apre ancora, ma si aprirà quando sieno dati i provvedimenti interinali, allora la competenza del pretore procede da un principio diverso, e rivela una giurisdizione speciale, quasi fosse il potere delegato in via d'urgenza a rappresentare la giurisdizione del petitorio. E qui ancora si ripresentano le due maniere di provvedere, o per semplice decreto, ovvero citata e sentita l'altra parte. Per semplice decreto, il provvedimento dato dal pretore è senza dubbio un semplice atto conservativo, da giudicarsi di poi in contraddittorio, citata indispensabilmente dal denunciante la parte contraria dinanzi al tribunale civile (ovvero dinanzi allo stesso pretore che in ragione del valore fosse egli stesso per caso investito della giurisdizione del petitorio): adunque per questo provvedimento, che non è per se stesso una decisione giudiziaria di primo grado, non vi è appello, che diventa possibile allora soltanto quando la giurisdizione del petitorio avrà esaurito il primo grado statuendo sul richiamo, in difetto del quale il provvedimento s'intende accettato. »

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

Atti amministrativi.

---

269. Si è già dimostrato che lo Stato, le Provincie e i Comuni pei beni loro patrimoniali sono soggetti alla legge civile ed alla autorità giudiziaria, come i privati. Ma rispetto ai beni di demanio e di uso pubblico, e così alle cose d'interesse generale i loro provvedimenti ed atti sono sottratti alla legge comune ed alla giurisdizione giudiziaria (1).

E siccome da questa distinzione tra enti morali destinati a tutelare i diritti pubblici, e tra persone giuridiche godenti dei diritti civili e possedenti beni, nasce talvolta complicazione di rapporti, una specie di dualismo tra il diritto sociale e il diritto individuale, non è inutile di aggiungere alle considerazioni, ed ai dettati della giurisprudenza già esposti, i riflessi e i giudicati infra riferiti in ordine al tema speciale della denuncia di nuova opera.

270. La legge 20 marzo 1865, alleg. E, cogli articoli 2, 4, e 5, mirando al duplice intento di tutelare l'interesse pubblico ed i diritti dei privati e d'impedire l'urto e il conflitto fra la autorità amministrativa e la giudiziaria, ha disposto che la loro rispettiva azione debba procedere indipendente e parallela, per modo che gli atti della prima mai non possano essere intralciati o sospesi da quelli della seconda; riservata però all'autorità giudiziaria la cognizione degli effetti dell'atto amministrativo nei rapporti coll'oggetto dedotto in giudizio, per pronunciare, ove del caso e contro chi di ragione, il risarcimento dei danni.

L'autorità giudiziaria non può adunque dare sentenze o decreti che arrestino, sospendano o modifichino l'esecuzione degli atti dell'autorità amministrativa, e così accogliere domande di denuncia di nuova opera o di danno temuto, quando le domande

(1) *V.* n^{i} 173, 174 e 201.

Digitized by Google

siano dirette a recare impedimento o ad imporre condizioni alla esecuzione di detti atti.

La legge dichiara in modo preciso ed assoluto che, quando la contestazione cade sopra un diritto, che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali devono limitarsi a conoscere degli effetti dell'atto stesso per relazione al subbietto del giudizio; che quest'atto non può essere revocato o modificato, se non su ricorso alle competenti autorità amministrative; che queste si uniformeranno al giudicato dei tribunali in quanto risguarda i casi decisi, e che per altra parte le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali, in quanto sieno conformi alle leggi.

Così giudicò la Corte di Cassazione di Torino (1), la quale nella fattispecie decisa osservò pure che la legge 20 marzo 1865, allegato F, all'articolo 124 dichiara, spettare all'autorità amministrativa lo statuire e provvedere, anche in caso di contestazione, sulle opere che recano nocumento al buon regime delle acque pubbliche, alla difesa e conservazione delle sponde, ecc., e sulle condizioni di regolarità dei ripari, argini od altra opera fatta entro gli alvei o contro le sponde; e che quando l'opera, riconosciuta dannosa dall'autorità amministrativa, sia di tale natura che, oltre ai provvedimenti di sua competenza per la modificazione o la distruzione di essa, lasci ragione a risarcimento di danni, la relativa azione sarà promossa dinanzi ai giudici ordinarii, i quali non potranno discutere le questioni già risolte in via amministrativa.

Le disposizioni dell'art. 82 del Codice di Procedura Civile, che dichiarano di competenza dei pretori, qualunque sia il valore della causa, le azioni di danno temuto e di denuncia di nuova opera, vanno soggette alla stessa limitazione, cui va soggetto l'art. 698, e non possono essere applicate, quando la legge

(1) *Sent.* 27 febbraio 1869; *Giur. ital.*, vol. XXI, 1, 134. — Trattavasi di costruzione di ferrovia, dichiarata opera di utilità pubblica. L'autorità amministrativa aveva provvisto con appositi decreti per una nuova inalveazione del Po, acciò potessero eseguirsi i necessari lavori. Alcuni particolari, dicendosi minacciati da grave pericolo in conseguenza delle nuove opere, ne fecero la denuncia al Pretore e chiesero che si ordinasse la cessazione dei lavori, ove la società concessionaria non desse cauzione pel risarcimento dei danni.

Digitized by Google

del 20 marzo 1865 disponga in modo diverso, e quando la sua applicazione non possa conciliarsi colla legge medesima (1).

La stessa Corte di Cassazione con altra sentenza (2) osservò che la legge 20 marzo 1865, alleg. F, pone sotto la dipendenza del Ministero dei lavori pubblici non solo le opere che per la loro natura, e per l'oggetto cui si riferiscono, sono realmente pubbliche, ma anche alcune altre, le quali, sebbene meramente private, possono tuttavia indirettamente riflettere il pubblico interesse. Quanto alle prime l'intervento dell'autorità amministrativa si spiega con atti imperativi ed obbligatorii, che non possono essere rivocati o modificati che dall'autorità amministrativa superiore, salvo solo ai tribunali di conoscere degli effetti di tali atti per rapporto agli oggetti dedotti in giudizio. Quanto alle seconde, l'autorità non ordina, non dispone, ma verifica se siano utili a chi intende costrurle, e non rechino pregiudizio al pubblico; e ne vieta o ne permette l'esecuzione, omologando in questo caso il progetto che le è sottoposto. Quindi se nella esecuzione dei progetti per costruzione o modificazione di argini, o per altre opere idrauliche, come anche per l'aprimento, conservazione o facilitazione di scoli artificiali (opere comprese in questa seconda categoria), insorgono questioni tecniche, le decide bensì il Prefetto in via amministrativa, ma è riservato alle parti lese il ricorso ai tribunali per esperire le loro ragioni ed è sempre salvo l'effetto delle convenzioni, dei possessi e delle servitù legalmente acquistate (Legge sui lavori pubblici, articoli 121 e 127). La semplice autorizzazione data dall'autorità amministrativa di eseguire determinate opere in terreni di privata proprietà, riconosciute innocue all'interesse generale, lascia libero l'adito all'autorità giudiziaria nell'interesse privato, tanto pel risarcimento dei danni, qualora si venga a riconoscere che non vi era il diritto di fare le opere, quanto

(1) Vuolsi a tale oggetto osservare che, se il pretore non è competente a giudicare sulla legittimità ed efficacia degli atti amministrativi d'ordine pubblico, lo è però per esaminare se la denuncia possa o non ammettersi e per respingerla nei casi abbia realmente rapporto con provvedimenti sottratti alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria. — *V.* n° 217.

(2) *Sent.* 15 dicembre 1871; *Giur. ital.*, vol. XXIII, 1, 812; *La Giur.*, 1872, pag. 113.

Digitized by Google

anche per impedirne l'esecuzione sia in via petitoria, che in via possessoria, non escluso il rimedio della denuncia di nuova opera. Ed in quest'ultimo caso è competente l'autorità giudiziaria, dalla legge comune delegata per giudicare su tale denuncia, e così il pretore (1).

Si legge anche in detta sentenza che l'articolo 4 della legge 20 marzo 1865, alleg. E, colla denunciazione di tribunali accenna in genere all'autorità giudiziaria, epperciò anche ai pretori, secondo l'ordine della competenza; e che poi nello stadio preliminare della denuncia di nuova opera, in quello cioè, in cui devesi sommarissimamente esaminare, se un'opera produca il danno lamentato, onde permetterne o vietarne la continuazione, non possono prendersi ad esame i titoli, dovendo questi riservarsi al secondo stadio del giudizio, in cui si giudica se si abbia o non il diritto di eseguire l'opera intrapresa.

Le accennate massime trovano pure un'applicazione nella seguente fattispecie, decisa dalla Corte di Cassazione di Firenze con sentenza 24 aprile 1873 (2).

Venne proposta da un privato contro il Comune di Porta al Borgo denuncia di nuova opera per lavori intrapresi dal Comune stesso in un muro di sostegno, esistente in un tratto di strada lungo un torrente, pretesi dannosi al libero esercizio del diritto di presa d'acqua, con instanza al pretore d'inibire la continuazione dei lavori, oppure di stabilire le opportune cautele. Il

(1) Il comune di Comacchio aveva denunciato al pretore le opere intraprese dalla congregazione consorziale del 2° circondario — Scoli di Ferrara — per variare le luci di determinate chiaviche, emissarie degli scoli del suo territorio, onde *se ne vietasse la prosecuzione o si permettesse mediante cauzione,* perchè recassero danno alla pesca e corrompessero l'aria, senza che ostasse il decreto del prefetto di Ferrara 21 agosto 1869, che aveva omologato il progetto dell'ingegnere per le opere autorizzate di prosciugamento in terreni vallivi e paludosi di privata proprietà. Il pretore accolse l'istanza, permettendo la prosecuzione delle opere mediante cauzione, ed il Tribunale confermò in appello la sentenza. La Corte di Cassazione, poste le massime sovra riferite, trovò che si erano applicati i veri principii, e non si era violato in alcuna guisa l'art. 4 della legge 20 marzo 1865, all. E, aggiungendo che il caso in questione era regolato non dall'all. E, ma dall'all. F, che permette, nei casi contemplati all'art. 127, l'uso dei rimedii possessori, riservati unicamente alla competenza dei pretori.

(2) *Riv. Amm.*, 1873, anno XXIV, pag. 530.

Digitized by Google

Comune vi si oppose, trattandosi di opera per esso obbligatoria e ordinata dall'autorità amministrativa. E la Corte, a cui si deferiva in ultimo la questione, decise che l'autorità giudiziaria era affatto incompetente per ragione di materia a conoscere di tale istanza; colla quale non si veniva già a chiedere attuale rifacimento di danni, ma sibbene inibizione delle opere intraprese o prosecuzione mediante cauzione, a senso dell'art. 698 del Codice Civile; il che si risolveva nell'intralciare o modificare nel suo esercizio la libera azione dell'autorità amministrativa contro la lettera e l'economia della legge.

Digitized by Google

TITOLO SECONDO

DENUNCIA DI NUOVA OPERA. — CARATTERI E CONDIZIONI. TERMINE UTILE ALL'ESERCIZIO DELL'AZIONE. — CAUZIONE.

CAPO PRIMO

Brevi cenni sul diritto antico e moderno.

SEZIONE PRIMA

Diritto antico.

271. L'azione di denuncia di opera nuova avendo la sua origine e l'esplicazione nella dottrina dei giureconsulti romani, giova accennarne i principii.

Nel diritto romano l'azione di nunciazione di nuova opera formava il soggetto del titolo I del libro 39 del Digesto *de operis novi nunciatione;* ed aveva per iscopo di interdire la continuazione di una qualche intrapresa opera che potesse tornare di danno alla cosa altrui. Non era stabilito all'uopo alcuna formalità, nè si richiedevano indagini sul diritto. *Hoc edicto promittitur ut, sive jure, sive injuria, opus fieret, post nunciationem inhiberetur.*

E l'inibizione spiegava la sua efficacia, quantunque data *privatim, aut verbis aut jactu lapilli.* E trattandosi in seguito nel giudizio di remissione della revoca o conferma della denuncia si aveva riguardo al diritto, o non, che al denunciante spettasse.

Digitized by Google

Prætor ait: Quod jus sit illi prohibere nec se invito fiat, in eo nunciatio teneat. Ceterum nunciationem missam facio (1). — Questa disamina però del diritto di denunciare, che il pretore faceva non importava punto cosa giudicata in un giudizio di merito, in cui cioè si fosse proposta l'azione principale del diritto. *Sciendum est, denegata executione operis novi, nihilominus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis manet, in quibus ab initio operis novi nunciationem prætor negat* (2).

Potevasi ricorrere all'azione di denuncia, o per conservare il diritto di chi la proponeva, o per garantirlo dalla minaccia di un danno, od anche a tutela di un diritto appartenente al pubblico: *aut juris nostri conservandi causa, aut damni infecti, aut publici juris tuendi gratia. Nunciamus autem quia jus aliquod prohibendi habemus, vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo qui forte in publico vel in privato quid molitur* (3).

La facoltà della denuncia era perciò data ad ogni cittadino nelle cause riflettenti l'interesse generale; e nell'ordine privato a tutti gl'interessati, ad ognuno, *qui aut dominium, aut servitutem habet.* — Era pur data all'usufruttuario, *saltem procuratorio nomine* (4). E competeva l'azione sempre quando la opera nuova recasse pregiudicio, per alterazioni o cambiamenti all'antico stato delle cose, sia per costruzioni che s'imprendessero, sia per una demolizione che s'incominciasse: *Opus novum facere videtur, qui aut ædificando aut detrahendo aliquid, pristinam faciem operis mutat.* Nè vi era distinzione tra città e campagne: *Sive intra oppida, sive extra oppida, in villis vel agris opus novum fiat, nunciatio ex hoc edicto locum habet.*

E poteva essere intentata non solo contro il vicino immediato, ma anche contro uno più lontano: *non solum proximo vicino sed etiam superiori opus facienti nunciare opus novum potero* (5).

(1) *Leg.* 1, *Dig.*, *De op. nov. nunc.*; RICHERI, *Jur. univ.*, lib. IV, tit. XXXVII, §§ 32 e seg., e *Leg. unic.*, *De remiss.*

(2) *Leg.* 19, *Dig.*, *De op. nov. nunciat.*

(3) *Leg.* 1, *Dig.*, *Ig.*, § 16.

(4) RICHERI, *Jur. univ.*, lib. IV, tit. XXXVII, §§ 93 e seg.; *Leg.* 3, *Dig.*, *De op. nov. nunc.*

(5) *Leg.* 1, *eod.*

Digitized by Google

Ma per istituire utilmente questa azione, era mestieri che la nuova opera non fosse che intrapresa, non essendo più ammessibile quando l'opera era terminata: *Hoc autem remedium operis novi nunciationis, adversus futura opera introductum est, non adversus præterita* (1).

Non poteva però intentarsi contro chi non facesse che le necessarie riparazioni ad un edifizio, non trattandosi in tal caso di opera nuova nel vero senso della legge, ma di ristauri diretti alla sussistenza dell'antica: *Hoc enim non opus novum facit, sed veteri sustinendo remedium adhibet* (2).

272. Per l'efficacia della denuncia non era neanco necessario di farne l'intimazione al proprietario personalmente: ma bastava di notificarla a chi dirigeva in suo nome i lavori, ad uno dei suoi operai e ad ogni altro che essendo sul luogo potesse avvertirne il proprietario. *Nunciare autem non utique domino oportet: sufficit enim in re præsenti nunciari ei qui in re præsenti fuerit, usque adeo ut etiam fabris vel opificibus qui eo loco operantur, opus novum nunciari possit; et generaliter ei nunciari novum opus potest, qui in re præsenti fuit domini operisque nomine. Neque refert quis sit iste, vel cujus conditionis, qui in re præsenti fuerit. Nam etsi servo nunciatur, vel mulieri, vel puero, vel puellæ, tenet nunciatio: sufficit enim in re præsenti operis novi nunciationem factam sic, ut domino possit renuntiari (Leg. 5, § 3).*

La ragione stava in ciò che la nunciazione dell'opera nuova non si faceva alla persona, ma alla cosa: *Operis novi nunciatio in rem fit, non in personam* (3). E per questa prevalenza data all'elemento locale rimaneva poco curato il rapporto personale.

273. La notificazione era di pien diritto sospensiva dei lavori incominciati. Invano, colui, al quale fosse stata fatta e che non vi avesse ottemperato, avrebbe cercato una difesa nella prova che la denuncia fosse mal fondata. Il giudice non poteva sentirlo, se prima non rimetteva le cose nello stato in cui erano

(1) *Leg.* 14, *eod.*
(2) *Leg.* 1, § 13, *eod.*
(3) *Leg.* 1, 5 e 10, *Dig., De op. nov. nunc.*

Digitized by Google

al momento della notificazione: *Si is cui opus novum denunciatum est, ante remissionem ædificaverit, deinde cœperit agere jus sibi esse ita ædificatum habere, prætor actionem ei denegare debet, et interdictum in eum de opere restituendo reddere* (1). Il giudice non doveva pertanto esaminare in detto caso quale delle due parti avesse ragione o torto, ma dietro la nunciazione dell'opera nuova doveva assicurarne l'esecuzione, facendo mantenere le cose nel loro stato (2). E se i lavori si continuavano contro la denuncia, al denunciante era data eziandio facoltà d'invocare l'interdetto *Quod vi aut clam*, onde far distrurre *quod post eam factum esse constiterit*. Però colui, al quale era fatta la nunciazione, poteva essere ammesso a continuarla, dando cauzione pel risarcimento del danno che ne potesse soffrire il denunciante: *Si is cui renunciatum erit ex operis novi nunciatione, satis dederit, repromiseritve, aut per eum non fiet quo minus boni viri arbitratu satisdet, repromittatve, perinde est ac si operis novi nunciatio omissa esset* (3). Era questo il solo mezzo di potere legalmente continuare il lavoro, dovendo in mancanza di cauzione, essere assolutamente interrotto: *Si cum possem te jure prohibere, nunciavero tibi opus novum, non alias ædificandi jus habebis, quam si satisdederis.*

Se poi il terreno, su cui si faceva l'opera nuova, apparteneva a molti proprietari che lo possedessero in comune, la nunciazione ad uno si considerava fatta a tutti. Ma se uno di essi non vi ottemperava, le conseguenze ricadevano soltanto sul medesimo; *si plurium res sit in qua opus novum fiat et uni nuncietur, recte facta nunciatio est, omnibusque dominis videtur nunciatum. Sed si unus ædificaverit post operis novi nunciationem, alii qui non ædificaverunt, non tenebuntur; neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit* (4).

274. La regola per contro, che risguardava la persona del dinunciatore era assai più rigorosa; giacchè se più persone vi avevano interesse non bastava la denuncia di una sola, ma vi

(1) *Leg.* 1, § 7, *Dig., De op. nov. nunc.*
(2) *Leg.* 1, § 7, e *Leg.* 20, § 1.
(3) *Leg.* 5, *Dig., De op. nov. nunc.*
(4) *Leg.* 5, § 5, *eod. tit.*

Digitized by Google

voleva l'intervento o il mandato delle altre. Bisognava averne il diritto o essere il legittimo rappresentante di chi lo aveva. E chi anzi si presentava soltanto munito di altrui mandato era tenuto a dare cauzione per la ratifica (1).

Nel Codice di Giustiniano v'ha pure un titolo de *operis novi nunciatione*, nel quale è condannata l'opinione di coloro, i quali pretendevano, che dopo un anno, a contare dal giorno della nunciazione della nuova opera, il denunciante non potesse più opporsi alla terminazione dell'opera incominciata. E difatti, dice la legge, se il querelante non fece in debita forma l'inibizione di continuare il lavoro, ha potuto continuarsi nell'anno; e se la fece regolarmente, egli può prevalersene anche dopo l'anno per impedire la continuazione. E, ciò premesso, la dettà legge stabilisce dovere ogni relativa procedura terminarsi fra tre mesi; ma se poi *aliquod fuerit quocumque modo ad decisionem ambiguitatis impedimentum, licentiam habere eum, qui ædificationem deproperat, opus, de quo agitur, efficere*, data però prima cauzione: *ut si non recte ædificaverit, omne opus, quod post denunciationem fecerit, suis sumtibus destruet. Sic enim et opera non per inanes denunciationes prohibebuntur, et recte denunciantibus consuletur.*

La patria giurisprudenza anteriore ai codici moderni si uniformò alle regole delle leggi romane in ordine alla tutela dei privati interessi considerando, che la facoltà del libero uso dei proprii beni doveva essere circoscritta dal rispetto dovuto agli altrui diritti, derivino questi dalla legge o da titoli particolari (2).

La istituzione del diritto romano subì però una importante modificazione sul modo della denuncia, essendosi surrogata la inibizione dell'autorità giudiziaria al privato arbitrio. Ciò richiedeva l'ordine e la sicurezza dei giudizi; giacchè l'antico sistema, oltre ad altri inconvenienti, aveva pur quello di lasciare incertezze e difficoltà nell'accertamento e nell'esecuzione di questo primo e fondamentale atto del processo.

(1) *Leg.* 1, 5 e 20, *eod. tit.*
(2) RICHERI, *Jur. univ., Cit. luog.;* FAB., *Cod.*, lib. III, tit. V.

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

Diritto moderno.

---

275. Dopo la pubblicazione del Codice Napoleonico si disputò lungamente in Francia se la denuncia di nuova opera esistesse ancora, non trovandosene menzione nè nel Codice Civile, nè in quello di Procedura. Vari autori sostennero non potersi altrimenti considerare l'opera nuova, che come una molestia al possesso da autorizzare l'azione ordinaria di manutenzione. — Troplong propugnando la dottrina contraria dimostrò invece la differenza che esiste tra la *querela per turbato possesso* e la *denuncia;* e la desunse dal grado di avanzamento dei lavori e dalla misura del danno. Se l'opera, egli osservò, cagiona un danno attuale, una molestia pregiudizievole al possesso è la *querela* che deve intentarsi; ma se non havvi pur anco danno, ed è la domanda limitata alla semplice inibizione di continuare i lavori, l'azione è la *denuncia* di nuova opera, qualunque sia il luogo in cui si preparino o s'incomincino i lavori.

Le incertezze della giurisprudenza francese, che erano una conseguenza dei difetti della legislazione, non possono più riprodursi presso di noi, a fronte delle disposizioni della legislazione italiana. Il Codice Albertino già riordinava questa istituzione, riducendola con poche formole a' suoi veri termini, formole che vennero accolte e migliorate dall'art. 698 del Codice Civile (1).

276. Da un fatto possono anche nascere più azioni e più mezzi di difesa. Se uno intraprende un'opera sul nostro suolo, oltre alla possibile minaccia di un danno più grave, commette colla occupazione un immediato turbamento al nostro possesso, e ne deriva la ragione di promuovere l'azione possessoria. Ma vi possono essere circostanze o condizioni di cose, in cui il rimedio della denuncia riesce più utile, perchè più pronto e sicuro, massime pel vantaggio che presenta l'articolo 938 del Codice di

(1) *Cod. austr.*, art. 341.

Digitized by Google

Procedura Civile. Basta di fatto, nei casi urgenti, un semplice ricorso al pretore; e può per altra parte l'azione, che ha per base il possesso, incontrare nel suo esercizio difficoltà, specialmente se il possesso oltreannale è controverso, incerto e non facile a stabilirsi.

La Corte di Cassazione di Torino (1) giudicò a tale oggetto che l'azione di denuncia di nuova opera si concede non solo se l'opera si fa dall'intraprenditore sul proprio fondo, o su quello di un terzo, ma anche se si fa sul fondo stesso di colui che la denuncia; salvo sempre al denunciante il diritto di far valere in seguito alla sospensione dei lavori le proprie ragioni in giudizio possessorio o petitorio.

E potrebbe per contro preferirsi l'azione possessoria alla denuncia anche nel caso di lavori intrapresi su altrui fondo, quando si verifichi l'attualità del danno e la conseguente turbativa di possesso al nostro fondo; quando, per esempio, gl'intrapresi lavori rechino impedimento alla libera derivazione od alla condotta d'acqua, di cui siamo in possesso.

277. Può inoltre la denuncia di nuova opera cumularsi colla azione possessoria, a senso dei già svolti principii. Chi è da da oltre un anno al legittimo possesso di uno stabile e ne viene molestato da un'opera nuova, può chiedere la istantanea sospensione degl'intrapresi lavori, e ad un tempo, dietro l'accertamento dei voluti estremi, la manutenzione in possesso e la riduzione delle cose nel primitivo stato. E potrebbe tanto più cumularsi, dicono alcuni autori, se la turbativa avvenisse durante il giudizio di denuncia per continuazione dei lavori. Se ciò non fosse, sarebbe delusa e resa inefficace la legge, quando cioè, durante detto giudizio, il convenuto lungi dall'obbedire al divieto di continuare i lavori portasse a compimento l'opera intrapresa.

E così pure decise la Corte di Cassazione di Napoli (2), osservando che fra la nunciazione e gl'interdetti possessorii non intercede altra differenza, se non quella che passa tra il conato

(1) *Sent.* 11 giugno 1873; *Annali*, VII, 1, 359.
(2) *Sent.* 17 gennaio 1867; *Giur. ital.*, vol. XIX, 1. 35.

Digitized by Google

e la consumazione della novità; e che tornerebbe assai pregiudizievole e dispendioso per la giustizia il rinviare le parti a diversi magistrati ed in giudizi d'indole svariata per gli atti molteplici di un fatto solo.

La giurisprudenza romana già provvedeva al caso di continuazione dei vietati lavori, senza mestieri di ricorrere ai rimedi possessorii: ed ugualmente vi provvede la nostra legge, la quale stabilisce che, se il pretore abbia prescritto la sospensione dell'opera denunciata e la parte non obbedisca, può ordinare che le cose sieno ridotte al pristino stato (Cod. di Proc. Civ., art. 940). La natura poi dell'azione di denuncia, che precorre soltanto al giudizio possessorio o petitorio (quando non è contemporanea ad uno di tali giudizi), e il conseguente rinvio delle parti avanti l'autorità giudiziaria competente a pronunciare sul merito della controversia, se non è competente lo stesso pretore, toglie la possibilità legale dell'inconveniente accennato da detta sentenza.

278. Il Codice Civile italiano perfezionò l'istituzione, come si osservò; e, invero, la collocò al suo posto naturale nel titolo *Del possesso,* e le ridonò la sua normale classica forma.

« Chi ha ragione di temere (dice l'art. 698) che da una nuova opera, intrapresa così sul proprio come sull'altrui suolo, sia per derivare danno ad un immobile, ad un diritto reale o ad altro oggetto da lui posseduto, può denunciare al giudice tale nuova opera, purchè non sia terminata e non sia trascorso un anno dal suo cominciamento.

« Il giudice, presa sommaria cognizione del fatto, può vietare la continuazione della nuova opera, ovvero permetterla, ordinando le opportune cautele; nel primo caso pel risarcimento del danno prodotto dalla sospensione dell'opera, quando le opposizioni al suo proseguimento risultino non fondate nella definitiva decisione sul merito; e nel secondo caso per la demolizione o riduzione dell'opera e pel risarcimento dei danni, che possa soffrirne il denunciante, se questi ottenga definitiva sentenza favorevole, non ostante la permessa continuazione. »

Con tali disposizioni la legge stabilisce con precisione e chiarezza i caratteri della denuncia di nuova opera, determinando, potersi far valere contro un'opera, ovunque intrapresa, se reca

Digitized by Google

ragionevole timore di danno ad un immobile, diritto reale od altro oggetto posseduto, purchè nell'anno e prima del compimento dell'opera stessa.

Nel Codice Civile Albertino la denuncia solo comprendeva il caso di opera minacciante di danno il *fondo posseduto* (art. 1506). Ma è evidente che il rimedio di siffatta azione può e deve di sua natura estendersi ad altre cose fuori di quanto si comprende col nome di fondo, e così anche ai diritti reali e ad altri oggetti, se pure se ne considerano l'essenza e lo scopo. Il Codice Civile italiano perciò informando la sua disposizione ai razionali principii, che dettarono la denuncia di nuova opera, equiparò al possesso di un immobile il possesso di un diritto reale, sia pei rapporti giuridici di questo colla proprietà, di cui è una frazione, come nell'usufrutto, uso ed abitazione, e sia per rapporto a ragioni esercitate sul fondo altrui, come nelle servitù. E inoltre vi aggiunse gli altri oggetti, come cose distinte e meritevoli di uguale difesa. La parola *oggetto* non deve però essere presa e considerata isolatamente nel suo ampio significato, ma per relazione al vero spirito della legge e all'indole dell'azione stessa, diretta a tutelare ragioni immobiliari. Ed esaminandosi quindi, quali possano essere questi oggetti, che la legge difende da pericolo di danno col mezzo della denuncia, sembra, non poter essere altri se non quelli i quali, senza far parte di un fondo, hanno un rapporto col medesimo, o servono all'esercizio di un diritto reale, ad esempio, un edifizio derivatore, una condotta d'acqua, un canale, un ponte e simili. Un'opera potendo recare offesa e danno a tali oggetti e conseguentemente al fondo, col quale hanno una vera relazione, trova naturalmente applicazione il principio, da cui deriva il rimedio di detta azione. Non si tratta adunque di oggetti mobili, alla cui difesa stanno altri rimedi, ma di cose che, sebbene singolari e distinte hanno rapporti e servono al fondo, anche solo per destinazione.

Occorrono intanto alcune altre osservazioni circa ai caratteri e alle condizioni della denuncia di nuova opera.

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Caratteri e condizioni della denuncia di nuova opera.

SEZIONE PRIMA

Opere novative. — Danno.

---

279. La legge colpisce le opere che, arrecando mutazioni di qualche rilevanza al suolo per aggiunte o detrazioni, producano innovazioni, dalle quali derivi effettività o minaccia di danno alla cosa altrui, giusta anche la legge romana, secondo la quale *Non omnia opera complectitur, sed ea sola, quæ solo coniuncta sunt.* E potendosi quindi far opera pregiudicievole sia coll'edificazione, che colla demolizione di un edifizio, ne consegue che compete l'azione di denuncia tanto contro chi, per esempio, distrugga una chiusa, dalla quale altri derivi le acque, quanto contro chi costruisca una chiusa per condurre le acque in fondo suo proprio, togliendole all'altrui fondo.

L'azione ha pure luogo per opere sotterranee, come nel caso di scavamenti, dai quali possa derivare pericolo di danno al fondo vicino; e così anche per nuovi lavori intrapresi in contravvenzione alla legge, a pregiudicio, per esempio, dei diritti garantiti dagli articoli 573, 574, 575 e 578 del Codice Civile.

Le semplici riparazioni e la stessa ricostruzione di un edifizio non costituiscono un'opera nuova, se non si fanno cambiamenti od addizioni dannose, giusta anche i citati principii del diritto romano. E di fatto, chi solo provvede ad assicurarne l'esistenza od a ristabilirlo nella sua primitiva forma, non fa opera nuova nel vero senso della legge.

Digitized by Google

L'opera deve poi esser tale da poter recare danno o da renderne ragionevole il timore, non potendosi vincolare l'esercizio della altrui proprietà, senza un legittimo motivo. Perciò, escluso l'elemento del danno presente o futuro, manca il fondamento della azione. Non potrebbe conseguentemente ammettersi siffatta azione nel caso di un utente inferiore dell'acqua di un torrente, per novità commesse nell'alveo dall'utente superiore, ove manchi detto elemento (1).

E non basterebbe ad autorizzare la denuncia il fatto di qualche apparecchio, che denoti l'intenzione di formare un' opera che possa tornare di danno, come, per esempio, l'accumulazione di materiali che facciano presumere l'idea di una costruzione dannosa al nostro fondo. La legge contempla la realtà dell'intraprendimento di un' opera, e non l'intenzione. Secondo il diritto romano *Potest quis nuntiare etiam ignorans quod opus fieret* (2); ma la legge nostra giustamente esige la reale intrapresa dell'opera, solo dal fatto di questa potendo nascere la ragione per agire. E altronde i materiali cumulati potrebbero essere destinati a fabbricazione su altro sito; e la costruzione sul sito, ove sono depositati, potrebbe pur anco farsi in modo innocuo.

Giova del resto riflettere che la legge stabilisce soltanto un principio generale e dirigente, affidando al giudice, nella varietà dei casi e delle circostanze, la disamina della natura delle opere e delle conseguenze, per l'applicazione logica del principio.

280. E non è inopportuno di qui riferire che la Corte d'Appello di Torino, con sentenza 27 febbraio 1872 (3), premettendo, non potersi concedere l'inibizione, di cui all'articolo 698 del Codice Civile, salvo contro un'opera, la quale sia causa diretta o indiretta del danno giustamente temuto, ritenne che, trattandosi di opera semplicemente *preparatoria* di ulteriori fatti, dai quali proverrà il danno, detto articolo rimane senza applicazione. E stabilì in ispecie che, controvertendosi, se taluno abbia ragione o non di passare con carri per un vicolo, pel quale già passa a piedi, la sostituzione ch'egli faccia di una porta carraia alla porticina, che

(1) *Cassaz. di Torino*, 17 dicembre 1856, *Giur. ital.*, vol. VIII, 1, 923.
(2) *Leg.* 1, § 8, *Dig.*, *De op. nov. nunc.*
(3) *La Giur.*, 1872, pag. 267.

Digitized by Google

già prima teneva nel proprio muro verso detto vicolo, non è opera contro cui possa invocarsi l'art. 698; giacchè non dalla formazione della porta, ma dall'esercizio del passaggio con carro verrà il danno; e manca quindi il vero nesso fra l'elemento intenzionale ed il materiale, che sarebbe la vera causa del danno; e per altra parte il diritto sancito da detto art. 698 non vuolsi troppo facilmente accordare, siccome restrittivo del diritto di proprietà.

La proposizione che il danno od il pericolo di danno debba essere un effetto diretto ed immediato dell'opera denunciata, e non basti che l'opera sia la *preparazione* del danno avvenire, venne però posta in dubbio (1), malgrado la massima esposta in detta sentenza sia suffragata dall'autorità di altri giudicati, e in ispecie da conforme sentenza 14 marzo 1863 (2), nella quale si decise, non essere luogo alla denuncia di nuova opera, pel solo motivo che dal dissodamento di un bosco derivasse la possibilità dell'inondazione del fondo del denunciante da un torrente vicino in occasione di piene. La Corte d'Appello considerando in detta sentenza che il pericolo di danno era molto lontano e indipendente dal fatto del dissodamento, non credette essere il caso di ordinarne la sospensione, nè d'imporre cautele per l'esecuzione dell'opera.

281. A detta massima possono contrapporsi, non senza fondamento, le seguenti osservazioni:

L'articolo 698 parla in genere di ragionevole timore di danno derivante alla nostra proprietà od al nostro diritto, senza richiedere che questa derivazione sia immediata, e non soltanto occasionale e preparata dall'opera nuova. Il diritto romano, da cui si tolse l'azione, considerava come danno sufficiente per la denuncia di nuova opera una qualsiasi deteriorazione della nostra proprietà o diritto (3). E il taglio di un bosco, che prima serviva di riparo

(1) *La Giur., Cit. luog.*, in not.

(2) *Giur. ital.*, vol. XV, 2, 212. — La *Corte di Cassaz. di Milano*, con decisione 4 gennaio 1867 (*Giur. ital.*, vol. XIV, 1, 36), sancì pure essere necessario che l'opera materiale in sè stessa sia la causa *diretta ed immediata* o di danno attuale al possesso dell'attore, o quanto meno di reale possibilità e vero pericolo di danno futuro. Vuolsi però notare che con tale sentenza la Corte decideva una questione possessoria di turbativa, non di denuncia di nuova opera. — *La Giur.*, 1872, cit. pag. 267.

(3) *Leg.* 15, *Dig.*, *Quod vi aut clam.*

Digitized by Google

o di sicurezza contro le piene di un torrente, e l'apertura di una porta atta al passaggio con carri sovra un'area, che prima ne era esente ed anzi era esente persino dal pericolo di tale passaggio, sono fatti che, se non producono per se stessi direttamente l'inondazione e la servitù del passaggio, deteriorano però necessariamente la condizione della proprietà, che prima andava libera da ogni pericolo.

Aggiungasi che se non bastasse all'esercizio di quest'azione, che l'opera prepari il danno, ne seguirebbero non lievi inconvenienti; giacchè, accettato il principio, se ne devono ammettere le conseguenze. E si toglierebbe quindi, a modo d'esempio, la facoltà di far sospendere la costruzione di un bocchetto sopra una roggia, il quale tenda a togliere l'acqua ad altrui danno, finchè l'autore dell'opera non la tolga effettivamente, derivandola a suo favore. Non si potrebbe impedire la costruzione di un fabbricato con finestre a prospetto, finchè la servitù non venga esercitata; e neanco impedire la costruzione di un edifizio, che leda qualche altro diritto del vicino, ma che trovisi soltanto ancora alle sue fondamenta. Tutti questi fatti, presi da sè soli, non producono quel danno, che solamente può derivare da un altro fatto non ancora avvenuto; ma la legge non obbliga ad aspettare la realizzazione del danno, e concede anzi l'azione a chi ha ragione di temere un nocumento da intrapresi lavori. E altronde, dopo il compimento dell'opera, l'azione non sarebbe più ammessibile; ma rimarrebbe più solo aperta la via ad un giudizio possessorio o petitorio.

È anche nota la dottrina degli scrittori sulla materia, fra cui il Romussio, il quale sulla traccia di Pecchio, nel trattatato *De nov. op. nunciatione,* insegna che quest'azione si accorda anche quando l'autore dell'opera rechi danno *indiretto*, cioè quando *proprietatis deteriorem fecisset conditionem;* ed eziandio quando l'autore dell'opera non si trovi che nel periodo dei preparativi del danno. *Sicut ad hunc effectum, ut cœptum ædificium intelligatur, satis esse cœmentorum præparationem, quæ quidem præparatoria etiam extrinseca jus tribuunt prohibendi novum opus paranti, ut ex relatis juribus probat Pechius, subvens,*

Digitized by Google

ut si præparentur, puta, pali in loco ubi clusia costrui paratur, costituunt procul dubio principium intrinsecum et formale operis; immo secum trahunt finalem effectum et dicuntur rei principia, seu principia esse (1).

Deve però l'opera avere un principio effettivo, giusta la nostra legge, come già si è osservato.

282. Nella umana società vi sono poi incomodi reciproci, che voglionsi tollerare; e possono esservi casi in cui, se uno riceve nocumento, può chiedere un'indennità, non impedire un'opera che sia necessaria e la cui sospensione e differimento sia causa di danno o di pericolo. *Qui enim dubitat, multo melius esse omitti operis novi nunciationem, quam impediri operis necessarii urgentem extructionem?* (2).

Se un'opera nuova è dettata da un interesse legittimo, pubblico o privato, come nel caso di lavori richiesti alla difesa ed incolumità dei beni, a cui abbia ragione il vicino, quantunque ne senta qualche momentaneo incomodo o danno, non può impedirne l'esecuzione. E si è pur già dimostrato, esservi opere dettate da motivi d'ordine pubblico, alla cui attuazione non è in facoltà dell'autorità giudiziaria di recar ostacoli ed impedimenti.

SEZIONE SECONDA

Opera non ultimata. — Termine di un anno. — Sua decorrenza.

---

283. Per l'ammessibilità della denuncia della nuova opera è necessario che essa non sia ancora terminata, e che conseguentemente sia la relativa azione proposta durante i lavori, che possono produrre un ragionevole timore di danno, scopo della azione essendo appunto la sospensione di questi lavori (3).

Quando l'opera è compiuta, la denuncia non ha più ragione

(1) *La Giur.*, 1872, cit. pag. 267, in not.

(2) *Leg.* 5, §§ 11 e 12, *Dig.*, *De op. nov. nunc.*

(3) *Cod. Civ.*, art. 698; *Cassaz. di Torino*, 9 settembre 1873; *La Giur.*, 1873, pag. 666.

Cassaz. di Torino, 5 settembre 1874; *Giur. ital.*, vol. XXVI, 1, 689.

Digitized by Google

di essere e cede il luogo all'azione petitoria, oppure all'azione possessoria se concorrono i requisiti legali, e se non iscadde il termine utile all'esercizio di questa ultima azione.

La legge inoltre assegna il periodo di un anno all'esercizio dell'azione di denuncia.

Ciò posto, all'ammessibilità della medesima richiedonsi, oltre all'elemento del timore di danno, queste due condizioni, che cioè l'opera non sia ancora condotta a termine, e che la proposta sia fatta prima che scada l'anno dall'intraprendimento di essa.

Questo termine di un anno è una innovazione moderna, non esistendo alcuna simile determinazione nell'antico diritto (1). Ed è una restrizione dettata da evidenti ragioni di equità e convenienza; giacchè un indugio troppo lungo potrebbe rendere enormemente gravosa la condizione di chi intraprese l'opera. E inoltre un lungo silenzio potrebbe significare una tacita adesione. Per la costruzione, ad esempio, di un edifizio possono occorrere più anni, e sarebbe riprovevole che uno aspettasse a denunciare l'opera quando più poco mancasse al suo compimento. Il silenzio durato sì lungo tempo mostrerebbe in tale caso l'idea preconcetta di nuocere.

284. L'anno utile all'azione incomincia a decorrere dal momento, che l'opera intrapresa diventa visibile ed apprezzabile, quando cioè può comprendersi la natura dell'opera e prevedersene le conseguenze.

Finchè un'opera è occulta, fatta cioè in modo che non è dato al proprietario del fondo minacciato di danno di poter conoscere, non può imputarsegli di non avere agito. Il tempo non trascorre e non isfugge a danno di chi ignora un fatto, che assume il carattere di un'insidia.

Può anche accadere che un'opera, innocua nel suo principio, divenga ad una data epoca, per la continuazione dei lavori, causa di ragionevole timore di un danno; ed in tal caso l'anno non incomincia a decorrere, se non dal giorno in cui l'opera intrapresa porge giusta ragione di temere.

(1) La disposizione del *Codice* di GIUSTINIANO, accennata al n° 273, ha solo tratto alla durata della procedura dopo la denuncia.

Digitized by Google

La legge, parlando di opera minacciante un danno, già indica che l'azione nasce soltanto dal giorno, in cui i lavori cagionano questo timore di danno. L'opera può conseguentemente avere due principii: l'uno consiste nei primi fatti dei lavori, che dànno esistenza all'opera; e l'altro procede dai primi fatti dei lavori, che dànno luogo al giusto timore di un danno. Ed è da questi ultimi fatti, che sorge l'azione, e da cui scioglie il suo corso il tempo utile all'esperimento della medesima.

Il termine poi dell'anno decorre indistintamente contro ogni persona, senza riserva od eccezione che favoreggi minorenni di età od altri privilegiati. Trattasi di termine d'ordine giudiziario, di sua natura perentorio e susseguito dalla decadenza, come già pure si osservò rispetto al tempo utile all'esercizio delle azioni possessorie.

Digitized by Google

CAPO TERZO

Persone alle quali o contro le quali compete la facoltà della denuncia di nuova opera.

---

285. Per esperire dell'azione di denuncia è necessario che si abbia un diritto sulla cosa minacciata di danno. La legge romana stabiliva, poter denunciare il nuovo lavoro chi aveva diritto di proprietà o di servitù, il superficiario coll'azione utile *in rem* e a causa di servitù, e generalmente tutti quelli, ai quali competeva la *servitutis vindicatio,* come il creditore pegnoratizio. Nella stessa giuridica sfera era posto l'usufruttuario, potendo denunciare l'opera nuova per la ragione, che gli competeva, di rivendicazione della servitù. Ma fuori di questa sfera di rapporti giuridici l'usufruttuario non altrimenti poteva fare la denuncia, che nella qualità di rappresentante del proprietario e nell'interesse della proprietà (1).

Alcuni dei sovra espressi principii del diritto romano non possono evidentemente più accettarsi, secondo la moderna legislazione; il principio, in ispecie, che l'usufruttuario non abbia facoltà d'invocare siffatto rimedio, se non a modo di rivendicazione di una servitù, o qual rappresentante del proprietario. L'usufrutto, essendo *pars dominii,* attribuisce il diritto di difendere il fondo usufruito dalle dannose conseguenze di un'opera nuova. E una eguale ragione compete a chi abbia diritti d'uso o d'abitazione, ed anco di servitù, essendo questi diritti considerati come immobili per l'oggetto cui si riferiscono (2). L'art. 698

(1) *Leg.* 1, §§ 3, 4 e in fin., *Dig., De remiss.; Leg.* 1, § 20, *Leg.* 2 e 3, *Dig., De op. nov. nunc.*

(2) *Cod. Civ.,* art. 415.

Digitized by Google

altronde comprende anche espressamente i diritti reali od altro oggetto, che uno possieda.

Nella legislazione romana chi teneva il fondo a titolo di pegno dal proprietario, poteva promuovere la denuncia, come già si espose (1); e nell'odierno diritto quest'azione compete pure al creditore, che possiede un immobile a titolo di anticresi, avendo anzi l'obbligo della manutenzione e della conservazione (2).

Malgrado i beni del debitore sieno la garantía del creditore, sembra non poter attribuirsi al creditore, anche privilegiato od ipotecario, un simile diritto. È vero che *lato sensu* questo privilegio od ipoteca può considerarsi come il di lui pegno, e che egli ha tutto l'interesse di provvedere alla tutela ed integrità di questo pegno; ma gl'immobili gravati di detti vincoli non possono punto considerarsi da lui posseduti. E se ha un diritto reale sugl'immobili vincolati, è un diritto potenziale, anzi che effettivo.

Potrebbe per avventura, se non *jure proprio,* esercitare l'azione di denuncia che competerebbe al suo debitore, il quale non se ne curasse, a senso dell'articolo 1234 del Codice Civile.

Il venditore, con patto di riscatto, ha un dominio puramente riservato sulla cosa venduta, o piuttosto l'azione di riprendersela; e quindi non avendone il possesso non può usare il rimedio della denuncia.

Vi sono poi persone che hanno il dovere di esercitare questa azione, come sarebbe il sequestratario giudiziale, su cui ricadrebbero le conseguenze di sua negligenza.

286. La denuncia di nuova opera costituendo un'azione accessoria ad un giudizio principale, che può essere possessorio o petitorio (3), ne consegue che l'articolo 698 del Codice Civile, il quale parla di immobile, diritto reale, o di altro oggetto *posseduto,* mira evidentemente alla incolumità tanto del possesso, che della proprietà. Il concetto del *possesso* è generale, e sarebbe poi disconoscere affatto il senso e lo scopo della legge, se si volesse restringere la istituzione della denuncia al fatto

(1) *Leg.* 9, *Dig.*, *De op. nov. nunc.*
(2) *Cod. Civ.*, art. 1891 e 1892.
(3) N° 264

Digitized by Google

materiale del possesso. La legge romana, nell'occuparsi della qualità giuridica di chi denuncia l'opera, già dimostrò che una tale azione non deriva dal solo possesso, ma da un diritto qualsiasi alla cosa; e altronde *interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat* (1); ed un qualche elemento di possesso predomina anche sempre nelle discussioni riflettenti la proprietà.

Se la formola dell'articolo 698 modificò in qualche parte la istituzione antica, è però concepita in modo assai generale; e il danno previsto non può a meno di riferirsi a cosa, che uno possieda tanto di fatto, che di diritto. Ed invocandosi un provvedimento conservativo colla denuncia di nuova opera se ne esplica appunto la ragione per rapporto a un diritto di possesso o di proprietà, come si è già osservato (2).

Sembra poi troppo assoluta, in ordine al possesso, la massima adottata dalla Corte di Cassazione di Napoli (3), che cioè per l'esercizio di detta azione l'attore debba provare che, al momento dell'opera dannosa, era al legittimo possesso della cosa, dando la giustificazione di un possesso, che abbia i requisiti indicati dall'articolo 686 del Codice Civile.

Il rimedio della denuncia deve certamente avere il suo rapporto colla cosa minacciata di danno, col diritto che si vuole tutelare, vero o presunto vero; ma non costituisce un giudizio possessorio. Il pretore quindi deve apprezzare la ragione del rimedio, dietro l'apparente stato giuridico delle cose.

Pothier (4) esprime, in tema di servitù, l'opinione, che chi vi ha ragione non possa denunciare l'opera al proprietario, che fabbrica sul suo terreno, salvo questa ragione consista nella facoltà di proibire la fabbricazione, come quando l'intraprenditore dell'opera gli debba la servitù *non tollendi*, o quella *ne luminibus officiatur*. Per ogni altro diritto di servitù non può intentarsi l'azione di denuncia, quantunque l'edifizio possa recarvi indirettamente nocumento. A termini però della patria nostra legislazione un siffatto concetto e così l'opinione dello

(1) *Leg.* 78, *De verb. signif.*
(2) N° 264 e 265.
(3) *Sent.* 11 gennaio 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 309.
(4) Alla *Leg.* 5, *Cod.*

Digitized by Google

illustre autore, appoggiata alla giurisprudenza romana, non potrebbero più accogliersi, comprendendo l'articolo 698 del patrio Codice specificamente i diritti reali, e così le servitù.

Responsabile della novità e legittimo contraddittore in giudizio essendo infine colui che la intraprese, è evidente che la denuncia vuolsi fare contro l'autore o il committente dell'opera. E se talvolta è conveniente di notificare l'atto agli esecutori del lavoro, non è già per evocarli in giudizio, ma unicamente per diffidarli della cessazione.

Digitized by Google

CAPO QUARTO

Cauzione.

---

287. La denuncia di nuova opera sollevando la controversia se competa il diritto di farla, la legge ammette un'azione incidente e duplice, in forza della quale ciascuna delle parti chiede al giudice che le sia attribuito, mediante cauzione, il possesso interinale del diritto reciprocamente proposto e conteso. Perciò se il giudice, presa sommaria cognizione del fatto, divieta la continuazione dell'opera mediante cauzione pel risarcimento del danno prodotto dalla sospensione dell'opera, quando le opposizioni al proseguimento risultino non fondate nella definitiva decisione sul merito, resta con tal provvedimento mantenuto il denunciante nel possesso interinale del diritto per esso proposto; se per contro il giudice ammette la continuazione dell'opera mediante cauzione per la demolizione o riduzione dell'opera e pel risarcimento dei danni, ove il denunciante ottenga definitiva sentenza favorevole, resta in tale caso l'autore dell'opera mantenuto nel possesso interinale del diritto di proseguirla e compierla (1).

Il valore della cauzione deve quindi determinarsi in ragione del suo oggetto, e corrispondere alle esigenze della sua causa e del suo fine.

288. Secondo la vigente legge, non più all'arbitrio dell'edificatore, come nell'antico diritto, ma spetta alla prudenza ed allo avveduto criterio del giudice la facoltà di ordinare la cauzione, secondo i casi e le circostanze, all'una o all'altra parte.

(1) PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, pag. 412.

Digitized by Google

La legge anzi non prescrive tassativamente l'obbligo della cauzione; usando essa la espressione *di opportune cautele*; dimostrò di voler lasciare al giudice la più ampia podestà discrezionale circa al modo e ai termini della garantia a darsi. Può quindi inferirsi, che se il giudice ravvisa solvibile la parte, la cui domanda di sospensione o di continuazione dei lavori accoglie, epperciò abbastanza cautelata l'altra parte senza bisogno di cauzione, avuto riguardo alle peculiari circostanze del caso, ha piena facoltà di prescindere dall'imporre un tale obbligo (1). Questa podestà si desume eziandio dall'art. 940 del Codice di Procedura Civile, il quale accenna ai *provvedimenti temporanei* che il pretore *crederà di ragione*.

Sembra però che le cautele debbano nei casi ordinari concretarsi in una cauzione, massime se si deve garantire il risarcimento di danni di una qualche entità.

Il citato articolo 940 contemplando appunto il caso, in cui il pretore abbia imposto l'obbligo di una cauzione, si riferisce quanto al giudizio sulla idoneità della medesima alle norme stabilite dall'art. 929. E dalla disposizione di questo articolo si ricava che detto giudizio è lasciato all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria da cui emana la misura conservativa; e che poi la cauzione può anche darsi a termini dell'art. 330, depositando cioè denaro o rendite sul debito pubblico dello Stato al portatore, al valore nominale. E quando il valore nominale sia superiore al valore di borsa, si fa nella cauzione l'aumento concordato dalle parti, o, in difetto, stabilito dall'autorità giudiziaria.

In tesi generale la solvenza di un fideiussore si misura in ragione de' suoi beni capaci di ipoteca, a termini dell'art. 1905 del Codice Civile.

Qualisiansi poi le cautele determinate dal giudice per la sospensione o la continuazione dell'opera, a carico dell'una o dell'altra parte, il dato provvedimento non diventa esecutivo, se non dopo che siasi ottemperato alla condizione delle prescritte cautele.

La facoltà conferta dalle disposizioni dell'art. 940 del Codice

(1) *Sent.* della *Corte d'Appello di Torino*, 1° dicembre 1873; *La Giur.*, 1874, pag. 89.

Digitized by Google

di Procedura Civile al pretore di ordinare la riduzione delle cose al pristino stato nel caso che una parte non obbedisca al precetto di sospendere l'opera denunciata, può essa estendersi al caso della permissione di continuare la nuova opera, mediante cauzione, quando l'intraprenditore ne continui i lavori, senza punto curarsi di ottemperare all'obbligo impostogli?

Trovano applicazione a questo caso le osservazioni già avanti fatte circa agli effetti esecutorii del dato provvedimento; e non è punto dubbio, che se non si eseguisce la condizione alligata alla permissione, ne cessa l'efficacia. È difatti una condizione *sine qua non*, ed anzi una simile permissione include di sua natura il divieto di continuare l'opera, se non si adempie alla annessavi obbligazione.

La ragione pertanto che dettò dette disposizioni legislative si applica anche a questo caso. Risalendo in effetto alle norme di diritto che ne determinarono la formola, e che regolano il caso espresso di un esplicito divieto, e così agli intendimenti ed al fine del legislatore, non può a meno di estendersene il principio a questo altro caso, stante la identità di ragione giuridica e di scopo. La legge romana, dopo di avere dichiarato, che *si quis vult post opus novum nunciatum impune ædificare, offerre debet satis nunciatori*, già stabiliva, che *si antequam caveat, quidquid ædificaverit, interdicto restitutorio compellitur* (1).

Il pretore in sostanza deve avere la facoltà e i mezzi di far rispettare li suoi provvedimenti, e conseguentemente d'ordinare, occorrendo, la riduzione delle cose al loro pristino stato, e così la distruzione dei lavori che uno si arbitrasse di continuare in ispregio della promossa azione, dell'autorità giudiziaria e della legge.

(1) *Leg.* 21, § 1, *Dig.*, *De op. nov. nunc.*

Digitized by Google

TITOLO TERZO

DELL'AZIONE DI DANNO TEMUTO. — SUA NATURA E SUO SCOPO. PERSONE A CUI COMPETE L'AZIONE. — PERSONE TENUTE ALLA CAUZIONE. TERMINE UTILE ALL'ESPERIMENTO DELLA MEDESIMA.

CAPO PRIMO

Danno temuto.

289. La romana legislazione introdusse il rimedio *De damno infecto,* all'oggetto di assicurare *omnes quorum interest* da un danno futuro giustamente temuto (1).

Se un edifizio minacciava di rovinare, chiunque avesse interesse poteva chiedere al proprietario una cauzione, che lo assicurasse dei danni che la rovina dell'edifizio avesse potuto cagionargli. Il padrone del fondo minacciato da questo pericolo aveva però anche la facoltà d'intimare al proprietario dell'edifizio di ripararlo in modo da far cessare il pericolo, o di demolirlo. E se questi, dopo l'intimazione giudiziale, avesse trascurato di provvedervi, poteva quegli domandare di far egli stesso ciò che i periti avrebbero giudicato necessario a prevenire la caduta dell'edifizio, puntellandolo, ristaurandolo, od anche atterrandolo in caso di bisogno; e ciò a spese del proprietario dell'edifizio (2), il quale era pure tenuto al risarcimento dei danni, se, dopo la

(1) *Leg.* 2, 7 e 17, *Dig., De damno inf.*
(2) *Leg.* 7 e 28, *Dig., De damno inf.*

Digitized by Google

intimazione e il susseguito indugio a provvedere, nè fosse accaduta la rovina (1).

Quando poi l'edifizio fosse rovinato prima della intimazione giudiziale di procedere alle riparazioni o di dare cauzione pel danno futuro, il proprietario non era tenuto ai danni, purchè abbandonasse al danneggiato il suolo e i materiali. La ragione di questa disposizione si faceva consistere nella negligenza del danneggiato, come quegli che doveva imputare a se stesso di non essersi curato di far rimuovere in tempo un pericolo che poteva conoscere. Pel caso però il padrone dell'edifizio rovinato avesse voluto ritenere la proprietà del suolo e ripigliarsi i materiali, doveva risarcire il danno, non ostante il difetto di precedente denuncia (2).

La cauzione *de damno infecto* poteva pretendersi per qualsivoglia altro pericolo di danno, come sarebbe pel pericolo di caduta d'un albero, di una grondaia, o per altra qualsiasi causa, e anche per l'esistenza di un forno contiguo ad una casa (3).

Nihil interest, an damnum immineat ex ædibus, vel fundo earumque parte, an ex arboribus, an ex suggrondis, protectionibus, aliave quacumque causa, sive in urbe, sive in agro, dummodo ex vitio operis accidentali, non naturali, puta vi ventorum, aut ex eo quod quis jure suo aliquid in suo fundo faciat, veluti ædificet, et ita luminibus vicini officiat (4).

290. Come si scorge, l'editto *de damno infecto*, che *locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto* (5), provvide al pericolo del danno, in casi, a cui non poteva soccorrere nè l'azione *de novi operis nunciatione*, nè l'azione *quod vi aut clam*, non trattandosi di opera nuova, nè di via di fatto imputabile al proprietario dell'edifizio od oggetto minacciante rovina.

La legge romana, il cui magistero, informato alla logica del diritto, impose la sua ragione scritta alla moderna civiltà, anche

(1) Dette *Leg.* 7 e 28.

(2) *Leg.* 6 e 40, *Dig.*, *De damno inf.*

(3) *Leg.* 15, 19, 21, 30 e 38, *Dig.*, *eod.*

(4) RICHERI, *Jur. univ.*, lib. IV, tit. XXXVIII, § 139. — *V.* n° 298 circa ai casi fortuiti.

(5) *Leg.* 2 e 7, *Dig.*, *De damno inf.*; *Leg.* 1, *Dig.*, *De aq. et aq. pluv.*

Digitized by Google

in tal parte inspirò la legislazione italiana, nella quale si vede tradotto, sotto forme più semplici, il concetto del romano diritto (1).

Difatti l'art. 699 stabilisce che « chi ha ragionevole motivo di temere che da qualsivoglia edifizio, da un albero o da altro oggetto sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo ad un fondo od oggetto da lui posseduto, ha diritto di denunciare il fatto al giudice e di ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo, o s'ingiunga al vicino l'obbligo di dare cauzione pei danni temuti. »

291. Ne consegue pertanto che i requisiti per l'esercizio di quest'azione sono:

1° Il ragionevole timore del pericolo di un danno grave e prossimo, e così l'effettiva esistenza di siffatto pericolo;

2° La causa del pericolo in un oggetto materiale, che ad uno spetti, e minacci di danno la cosa che un altro possieda, o sulla quale abbia un reale interesse e diritto.

Trattasi in sostanza di danno minacciato da una posizione e qualità di cose materiali ad un fondo vicino, come sarebbe un muro, che minacci sfasciarsi e cadere, od un albero, che, sconquassato o spezzato da uragano, stia per rovesciare, od anche un oggetto esposto in sito pericoloso, che, cadendo sul vicino suolo per infuriar di venti, possa cagionare guasti e rovine.

Il pericolo può naturalmente derivare da molteplici cause; e quanto agli edifizi dalla loro vetustà, dalla debolezza di fondamenta, dal difetto di suolo, o da altra simile cagione.

La designazione poi di danno *prossimo* non significa danno

(1) *V.* n° 263. — *Cod. Civ. Alb.*, art. 1505; *Cod. austr.*, art. 343.

Nel *Cod. francese* mancava un'azione analoga all'azione *damni infecti*, come mancava quella di denuncia di opera nuova; e quindi incertezza e contraddizione su di tale oggetto nella giurisprudenza. DURANTON (tom. VII, n° 729) sostiene non più ammessa nel diritto francese siffatta azione, e bastare all'uopo i regolamenti di polizia. LAPAGE (*Lois des batiments*, par. II, cap. II) la sostiene invece ammessa, come quella che è fondata sulla naturale equità, ma solo secondo le regole ordinarie di esperimento delle azioni di diritto comune; ed aggiunge che il pericolo di rovina di un edifizio, interessando l'ordine pubblico, spetta specialmente ai magistrati incaricati della polizia di invigilare e di denunciare al Pubblico Ministero i casi in cui torni necessario di provvedere.

Digitized by Google

imminente, e tanto meno *presente*. Ognuno ha il diritto di prevenire in tempo il pericolo, quando certa ed attuale ne è la causa.

Nell'azione di cui si tratta vuolsi infine ritenere che il giudice, lasciata l'*inquisitio juris*, deve sovratutto riconoscere *si damnum impendet*, e provvedere per ovviare al pericolo, o quanto meno ingiungere l'obbligo di dare cauzione pei danni possibili. Ove però il pericolo sia imminente e possa, in ispecie, minacciare eziandio la sicurezza delle persone, devonsi ordinare le opere atte a rimuovere il pericolo stesso, anzi che limitare il provvedimento ad una cauzione.

Si elevò questione sul punto se, avendo un proprietario eretto un riparo col verosimile divisamento di preservare la casa del vicino dal pericolo di danni prodotto da scavamenti intrapresi sul proprio fondo, possa il vicino, malgrado il silenzio serbato durante questo lavoro, promuovere tuttavia l'azione del danno temuto; e si decise affermativamente, in quanto che dal silenzio durante la costruzione del riparo non ne deriva la rinunzia alla azione di danno coll'accettazione assoluta della divisata guarentía; e può quindi il vicino chiederne un'altra più efficace, quando l'esperienza dimostri esser quella inutile o non sufficiente; e può anche chiedere il risarcimento dei danni che abbia sofferto (1).

Le autorità, incaricate di vegliare alla pubblica sicurezza od alla polizia urbana, secondo la legge comune o gli statuti locali, hanno pure la podestà ed anzi il dovere di ordinare che si eseguisca quanto si ravvisi necessario a rimuovere i pericoli, e in ispecie di intimare la riparazione o la demolizione degli edifizi, che minacciano rovina; e chi non obbedisce a questa intimazione, incorre pur anco nelle pene stabilite per le contravvenzioni risguardanti l'ordine pubblico (2).

(1) *Cassaz. di Torino*, 11 aprile 1867; *Giur. ital.*, vol. XIX, 1, 251.
(2) Art. 685 e 688.

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Persone alle quali può competere l'azione della denuncia di danno temuto.

---

292. Il diritto alla cauzione *de damno infecto* era nell'antica giurisprudenza attribuito generalmente a tutti coloro che vi avevano interesse, come sarebbero i padroni di una cosa minacciata, coloro a cui rischio stava la cosa, i superficiari, gli usufruttuari, gli usuari, i creditori ipotecari e simili altri interessati alla conservazione della medesima (1).

Doveva però chi la domandava giurare, non *calumniæ causa id se postulare;* ed era in seguito ammesso *ad stipulationem,* senza indagarsi in modo rigoroso la realtà dell'interesse a fare la domanda, considerando doversi sottoporre in modo precipuo alla giurisdizione pretoria, *cui cavendum sit, cui non* (2).

L'art. 699 del nostro Codice Civile attribuisce in genere l'azione a chi possiede un fondo od altro oggetto esposto al pericolo del danno: e se v'ha disposizione in cui la parola *possesso* debba largamente interpretarsi ed applicarsi è certamente quella di cui si tratta, avuto riguardo alla causa e all'oggetto della legge. Sembra in effetto che detta parola si debba intendere nel suo senso naturale e che basti possedere o ritenere la cosa, qualunque ne sia la cagione e il titolo, per avere interesse e diritto ad impedire che essa venga distrutta o deteriorata per effetto dell'altrui fatto, inconsideratezza od imprudenza, tanto più che ordinariamente al motivo della incolumità delle cose si aggiunge quello della sicurezza delle persone.

(1) *Leg.* 11, 13, 18, 20 e 39, *Dig., De damno inf.*
(2) *Leg.* 7 e *Leg.* 13, § 3, *Dig., De damno inf.*

Digitized by Google

In certi casi, anche una cosa mobile, considerata nelle sue relazioni col fondo cui serve o da cui riceve la sua qualità e ragione di essere, può autorizzare l'azione. Ad un manifatturiere, per esempio, che ha ragionevole motivo di temere per i suoi panni, tele od altre merci che deve esporre al sole in apposita area, o ad un giardiniere che teme per le serre di cristallo ove tiene i suoi vasi, non deve diniegarsi di poter reclamare contro un pericolo che minaccia di danno l'area, le serre e gli oggetti riposte in esse.

Il sequestratario giudiziale poi, e il depositario convenzionale hanno non solo la ragione, ma il dovere di ricorrere all'azione di danno temuto, se veggono la cosa loro affidata esposta a grave ed imminente pericolo. E così pure ogni altro che possieda in nome altrui; giacchè dovendo usare la diligenza del buon padre di famiglia, e potendo essere risponsabile della propria incuria, sembra, potere invocare questo rimedio. Altronde il proprietario, rappresentato dal detentore, non potrebbe dolersi, se questi provvide alla conservazione della cosa.

V'ha anzi chi opina, spettare, eziandio questo rimedio al creditore ipotecario, nel caso in cui il proprietario debitore non se ne curi; quando per esempio, si tratti di una casa vincolata con ipoteca al pagamento del credito, alla quale sovrasti un edifizio che minacci di schiacciarla nella sua rovina.

Nel diritto romano ciò non era dubbio, *quia suum jus tuetur* (1); e nel diritto moderno detta opinione è anche divisa da autori che quantunque dinieghino al creditore ipotecario l'azione di denuncia di nuova opera a difesa dei beni ipotecati, tuttavia ammettono potere il medesimo promuovere quella *de damno infecto*. Essi adducono per ragione, che all'esercizio della denuncia di nuova opera torna necessario l'elemento del possesso più che non sia all'esercizio dell'azione di danno temuto.

Pare però più conforme alla disposizione della legge l'opinione già espressa al N° 284, trovando gli esposti principii la loro applicazione all'azione di cui si tratta.

Vi sono poi casi, in cui compete l'azione *non tantum ei, cujus in bonis res est, sed etiam cujus periculo est*. Per esempio il

(1) *Leg.* 11, *Dig.*, *De damno inf.*

Digitized by Google

venditore che non abbia ancora consegnato la cosa venduta, può ricercare difesa in questo rimedio, quando la perdita o il deterioramento della cosa debba essere a di lui carico (1).

293. Se due comproprietari di un edifizio indiviso non vi fanno le necessarie riparazioni e lo lasciano cadere in disfacimento, l'uno di essi non ha azione contro l'altro, ove abbia in vicinanza una casa sua propria, che sia minacciata dall'edifizio comune. Il comproprietario di un edifizio non è di certo tenuto ai ristauri che per la sua parte; ma se l'edifizio è indiviso, e i comproprietari non hanno una determinata parte del medesimo a riparare e così una obbligazione correlativa ad una speciale quantità, l'obbligo dei ristauri ricade indistintamente su tutti. Ognuno di essi poteva prevenire la rovina, costringere li altri a concorrere nelle spese di riparazione, o procedervi esso stesso ed agire in seguito contro i comproprietari per la rifusione della parte di spesa a costoro carico, dimostrandone la necessità e la utilità; e se nol fece *imputet sibi*.

L'art. 676 del Codice Civile stabilisce che ciascun partecipante ha diritto di obbligare gli altri a contribuire con esso alle spese necessarie per la conservazione della cosa comune, salva a questi la facoltà di liberarsene coll'abbandono dei loro diritti di comproprietà, conformemente anche ai principii a cui s'informano li articoli 548 e 549.

Se però un comproprietario fa nell'edifizio comune qualche opera, da cui derivi il pericolo; se per esempio, approfittando della facoltà concessa dall'art. 553 del Codice Civile, alza il muro comune senza procedere alle opere necessarie a sostenere il maggior peso, costui è di certo risponsabile delle conseguenze di questo fatto, epperciò l'altro comproprietario può agire contro del medesimo nel caso che un suo edifizio od altro oggetto sia per tal fatto minacciato di danno.

Nell'antica giurisprudenza era di già specificamente conferta questa facoltà, quando *unus ex sociis in pariete communi ædificet, atque ex vitio operis, puta quia paries nimio onere prematur, damnum alteri immineat* (2).

(1) *Leg.* 18, § 8, *Dig., De damno inf.; Cod. Civ.*, art. 1219 e 1480.
(2) RICHERI, *Jur. univ.*, lib. IV, tit. XXXVIII, § 142.

Digitized by Google

Mancherebbe pure di ragione per esperire di siffatta azione qualsiasi altro possessore della cosa minacciata, quando la cagione del pericolo derivasse da un suo speciale atto diretto o indiretto, giacchè gli effetti risalgono sempre alla causa.

E non può quindi neanco esservi dubbio, che se uno per convenzione, od altra disposizione obbligatoria è esso stesso tenuto a riparare la vicina casa od un muro comune, non avrebbe diritto di obbligare il padrone di quella o il comproprietario di questo a prestare cauzione, se l'una o l'altro minacciano di cadere per difetto di riparazioni, e così in conseguenza dello inadempimento della propria obbligazione.

294. Nel diritto romano era diniegata l'azione a colui che, senza avere l'obbligo delle riparazioni, poteva però prevenire il pericolo, e nol fece. L'usufruttuario di un edifizio, posto in vicinanza di altro edifizio di sua proprietà, non poteva neanco chiedere cauzione al proprietario dell'edifizio usufruito, se questo minacciava l'altro di danno per mancanza di riparazioni. L'usufruttuario aveva facoltà di procedere alle riparazioni e diritto al rimborso, se erano straordinarie. E per una eguale ragione di equità un tale principio si estendeva al proprietario, che avesse preteso dall'usufruttuario cauzione a sicurezza di altro suo proprio edifizio. Si considerava anzi poter tanto meno elevare simile pretesa il proprietario, in quanto che a carico di lui erano le riparazioni straordinarie della casa soggetta all'usufrutto (1).

In questa parte la dottrina del diritto romano sembra si possa accogliere anche attualmente, nel silenzio della nostra legge, stando alla natura dei diritti e delle obbligazioni dell'usufruttuario e del proprietario, ed ai loro rapporti giuridici, determinati dal Codice Civile.

Borsari (2) osserva però, potersi elevare un dubbio quanto all'usufruttuario, che non ne abbia colpa. « Il caso, egli dice, è non poco differente da quello del socio, che dalla sua ragione di comproprietà è tenuto a sostenere l'edifizio, ed agendo *de damno infecto* opera in parte contro se stesso. Ciò non ostante,

(1) *Leg.* 18, § 2; *Leg.* 20, *Dig.*, *De damno inf.*

(2) *Comm. al Cod. Civ.*, art. 699. *(V. Leg.* 13, § 6; *Leg.* 33 e 34, *Dig.*, *De damno inf.)*

Digitized by Google

una ragione di dissentire dal diritto romano, nel silenzio della legge, noi non l'abbiamo; e siamo portati a considerare che l'usufruttuario poteva o abbandonare la casa, od obbligare il proprietario alle necessarie riparazioni, o compiervi egli stesso con diritto di rimborso. E di siffatti opportuni e consueti rimedi non essendosi valso, non potrebbe poi ricorrere allo straordinario rimedio della cauzione, se il temuto crollo di quella casa ne minacci un'altra sua propria. Si terranno adunque in conto queste e simili eccezioni opponibili a colui, che non è senza risponsabilità nella creazione del pericolo che ora lo minacciava. Osservisi però che tutto ciò riguarda l'obbligo della cauzione, che si vorrebbe imporre al proprietario dell'edifizio cadente, che è uno dei modi avvisati dalla legge a garanzia del vicino minacciato dal pericolo, ma non è il solo. L'istituto, come ora si presenta nel Codice, molto più semplice dell'antico, lascia al giudice la più ampia facoltà di provvedimenti istantanei, anche prescindendo dalla cauzione. Si può quindi esser meno dottrinarii, quando si ha più libertà d'azione. »

295. In ordine agli accennati rapporti tra usufrutto e proprietà, giova del resto osservare che il Codice Civile obbliga l'usufruttuario non solo alle riparazioni ordinarie, ma anche alle straordinarie, che sieno state cagionate dallo ineseguimento delle ordinarie, dopo cominciato l'usufrutto; e stabilisce che in ogni altro caso, se eseguisce le riparazioni straordinarie, ha diritto al rimborso delle spese alla cessazione dell'usufrutto; e che, se a vece il proprietario eseguisce esso stesso a proprie spese queste riparazioni straordinarie, l'usufruttuario gli deve corrispondere l'interesse durante l'usufrutto; infine spiega che le riparazioni straordinarie sono quelle dei muri maestri e delle volte, la sostituzione di travi ed il rinnovamento intero o di una parte notabile dei tetti, dei solai, degli argini, degli acquedotti e dei muri di sostegno e di cinta. Tutte le altre riparazioni sono ordinarie (1).

(1) *Cod. Civ.*, art. 501, 502, 503 e 504. — Le disposizioni degli art. 502 e 503 circa alle spese delle riparazioni a carico del proprietario, si applicano pure ai casi in cui per vetustà o per caso fortuito rovini soltanto in parte l'edifizio che formava un accessorio necessario pel godimento del fondo soggetto ad usufrutto, a termini dell'art. 505. — (*V.* anche l'art. 516).

Digitized by Google

Il proprietario è poi anche nei suoi diritti garantito dalla cauzione, che l'usufruttuario deve prestare a senso dell'art. 497 del Codice Civile, se non è dispensato dal titolo.

Queste disposizioni possono adunque servire di norma nella soluzione delle questioni, che insorgono non solo rispetto a chi competa in simili casi l'azione, ma anche per conoscere contro chi la si possa e debba rivolgere; locchè sarà pure oggetto del seguente capo.

Digitized by Google

CAPO TERZO

Persone tenute alla cauzione del danno futuro.
Conseguenze del rifiuto di prestarla.
Danno non imputabile.

---

§ I.

296. La cauzione, secondo la legge romana, *præstando ab illis est, quibus competit jus in re, ex quo damnum imminet: adeoque a dominis, nec non jus servitutis habentibus, si modo damnum immineat ex ipsa servitute, veluti si tigna in alienam aream propendentia vetustate corrupta sint, aut opus in alieno factum prædio servientis domino nociturum timeatur; quod si damnum ex ipsa re servienti metuatur, servitutem habens procuratorio nomine satisdare jubetur* (1).

Se il dominio della cosa minacciante pericolo di danni era controverso tra il possessore ed un altro pretendente, la cauzione *damni infecti* doveva intanto prestarsi dal possessore. E se questi fosse poscia rimasto soccombente nella controversia del dominio, aveva ragione a farsi surrogare dal vincitore. Nel caso poi di ritenzione del fondo dal padrone del suolo e da un superficiario, erano amendue tenuti a concorrere alla prestazione della cauzione. Il proprietario e l'usufruttuario erano tutti e due tenuti a garantire i terzi da ogni danno futuro, il primo colla sua promessa ed il secondo con apposita cauzione. Non prestando questi cauzione, la malleveria si riversava sopra i frutti in assicurazione della promessa del proprietario.

(1) Richeri, *Jur. univ.*, lib. IV, tit. XXXVIII, § 145.

Digitized by Google

Se poi non era data al vicino la ordinata garantía *de damno infecto*, poteva esso domandare il possesso della cosa, che minacciava il danno; e trascorso, dopo il decreto d'immissione in possesso, un lungo periodo di tempo, senza che si fosse ottemperato all'obbligo della cauzione, si concedeva al medesimo la definitiva immissione in possesso, dietro cui poteva acquistare la proprietà col mezzo dell'usucapione (1).

I padroni ed i possessori di buona fede la prestavano a nome proprio; gli altri *procuratorio nomine;* e questa diversità era assai importante, perchè la cauzione dei primi consisteva in una semplice promessa, e quella degli altri in una vera malleveria fideiussoria, come già osservossi a riguardo dell'usufruttuario. La ragione di questa differenza stava in ciò, che il proprietario presentava per garantía il valore della proprietà, la quale cadeva nel possesso dell'altra parte, se avesse mancato alla data parola, mentre siffatta cautela non poteva porgere chi possedeva per altri e non aveva ragione di dominio. Il diritto di rivalsa contro il proprietario non era considerato come equivalente ad una cauzione reale.

Se poi diversi erano i proprietari, ciascuno doveva garantire per la propria parte; e quando, dopo la cauzione, verificavasi il danno, agivasi pel risarcimento contro chi aveva dato cauzione (2).

297. La nostra legge, nella semplicità del suo concetto, più non ammette tutte queste sottili distinzioni e conseguenze del diritto romano; ma possono però sempre i principii in esso svolti servire di criterio e di norma per la risoluzione di molte controversie.

L'articolo 699 dando il diritto di denunciare il pericolo che sovrasti da un edifizio, da un albero o da altro oggetto, al fine di ottenere (secondo le circostanze) che si provveda per ovviare al pericolo, o s'ingiunga al vicino l'obbligo di dare cauzione pei danni possibili, dimostra, doversi generalmente rivolgere l'azione al proprietario o possessore della cosa, da cui deriva il pericolo; così che, se la cosa spetta *pro indiviso* a varii

(1) *Leg.* 5, 7, 9, § 4, 12, 15, 22 e 39, *Dig., De damno inf.; Leg.* 3, § ult., *Dig., De acq. vel amitt. poss.; Arg. Leg.* 5, *Dig., Ut in poss. vel fid. serv. caus.*

(2) *Leg.* 9, 10, 13, 20 e 30, *Dig., De damno inf.*

Digitized by Google

comproprietari o comunisti, l'azione compete anche in solido contro i medesimi.

Dalle precedenti considerazioni consegue pure, potersi agire contro l'usufruttuario ed altri simili possessori nei casi, in cui sono essi stessi risponsabili; ed eziandio contro colui che esercita un diritto di servitù, *si modo damnum immineat ex ipsa servitute,* come già stabiliva la romana giurisprudenza.

Se il pericolo deriva dal fatto dell'uomo, e se ne conosce l'autore, può sempre agirsi contro di esso, siccome tenuto a rimuovere il pericolo o a dare cauzione in conseguenza dello stesso suo fatto.

Il pericolo deriva però ordinariamente da accidenti non imputabili alle persone. Ora è un albero che, scosso da venti impetuosi, minaccia di rovesciarsi sul fondo od oggetto del vicino, con pericolo di danno alla cosa e anche talora alla vita delle persone; ora è un edifizio che per vetustà, per terremoto, o per inondazione minaccia rovina con uguale pericolo di danno alle cose ed agli uomini; ora un argine od acquedotto che, pel suo stato di deperimento, minaccia di sfasciarsi e cadere, e di lasciare conseguentemente irrompere le acque in modo rovinoso e pregiudizievole sui fondi vicini. In tali casi è naturale che l'azione si rivolga contro il proprietario dell'albero, della casa, dell'argine e dell'acquedotto. Ed ove siavi anche un usufruttuario e possa nascere dubbio, se si tratti di riparazione a carico di esso o del proprietario, è sempre cosa prudente di agire contro l'uno e l'altro.

Possono pure, in certi casi, servire di norma le disposizioni dell'art. 1155 del Codice Civile, secondo il quale il proprietario di un edifizio è sempre obbligato pei danni cagionati dalla rovina di esso, quando sia avvenuta per mancanza di riparazione o per un vizio nella costruzione.

298. L'obbligo della cauzione vuolsi ingiungere solamente nei casi, in cui non sovrasti minaccioso e gravissimo il pericolo o non si possa altrimenti provvedere per ovviarvi, dovendo preferirsi al rimedio della cauzione la rimozione effettiva del pericolo, come mezzo più pronto, più semplice e più efficacemente corrispondente allo scopo. Il rimedio della cauzione è anche più com-

Digitized by Google

plicato e più grave nei suoi effetti; e se altronde assicura il risarcimento dei danni possibili, lascia pur sempre sussistere il pericolo e con esso lo sgomento che invade i vicini all'aspetto di una minaccia di un grave e talora irreparabile danno.

Nel diritto romano la cauzione formava l'oggetto principale del giudizio *de damno infecto;* così che questo si risolveva colla ammessione o col rigetto della cauzione stessa; ma ben diverso è il concetto dell'art. 699, parendo non dubbio che, a senso del medesimo, la cauzione debba solo servire di garantía, e quindi soltanto ordinarsi, quando non è dato di potere in altro più adeguato modo togliere il pericolo.

Nel caso sia ordinata la cauzione, nasce naturalmente un nuovo rapporto giuridico tra le parti, che prende il suo svolgimento dalle condizioni di fatto e riceve la soluzione dal giudice, che ne determina il valore e l'idoneità, e può eziandio dichiarare, secondo i casi e le circostanze, se debba prestarsi con ipoteca sugli immobili o semplicemente nei modi ordinari, a senso degli articoli 329 e 330 del Codice di Procedura Civile.

L'elemento sostanziale, che deve servire al giudice di criterio a misurare la cauzione, consiste necessariamente nell'apprezzamento della natura ed estensione del pericolo e dei danni possibili, e per conseguenza nella valutazione dell'edifizio, o di altro oggetto, che in tutto o in parte potrebbe essere schiacciato e distrutto, oppure solo deteriorato. Se vi sono contenute cose di pregio, come una galleria di statue, o pitture preziose, sarebbe anche il caso di tenerne conto, se pure non si potesse adottare la misura di altrove collocarle momentaneamente a spese del padrone o possessore della cosa minacciante il pericolo di rovina e danno.

Nel diritto romano trovasi espresso il seguente equitativo principio: *Damni porro dati non infinita, nec immoderata æstimatio fieri debet, sed æqua et boni viri arbitrio, ut puta ob tectoria et ob picturas; licet enim in hæc magna erogatio facta sit, attamen ex damni infecti stipulatione moderatam æstimationem faciendam; quia honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda* (1).

(1) *Leg.* 39, § 4; *Leg.* 40, *Dig., De damno inf.*

Digitized by Google

§ II.

299. Suppongasi il caso che il convenuto rifiuti la cauzione, o non la presti secondo il modo e la misura impostagli, e resti così inobbedito l'ordine del giudice, quali ne saranno le conseguenze e quali provvedimenti occorreranno?

Già si espose che, secondo l'antico diritto, potevasi con un primo decreto ordinare l'immediata immessione del denunciante nel possesso provvisorio del fondo minacciante il danno; e questa misura si rendeva definitiva con un posteriore decreto. Era però risolvibile il primo decreto, mediante la prestazione della stabilita cauzione e la rifusione dei danni, che il denunciante avesse sofferto, e delle spese che avesse fatto (1).

Questo sistema venne bandito dalle moderne legislazioni, e adottato invece il principio accennato nello stesso diritto romano colle leggi 7 e 28 del Digesto *De damno infecto*, affatto conforme alla ragione. — Perciò chi rifiutasi all'esecuzione del decreto, che stabilisce ed ordina la cauzione, non perde la proprietà e neanco il possesso, ma perde la facoltà di procedere esso stesso ai lavori, che occorrono per la rimozione del pericolo, e si assoggetta a tutte le occorrenti spese ed a tutte le conseguenze. Il giudice può pertanto ordinare a carico del medesimo la esecuzione di quei lavori, che la sicurezza e la incolumità suggeriscono, sotto la direzione di periti giudiziarii. E può anche ordinare la demolizione e l'atterramento dell'edifizio od oggetto minacciante rovina (2).

300. La legislazione romana non comprendeva nelle sue disposizioni il danno prodotto da caso fortuito, distinguendo il caso di danni derivanti dalla cosa stessa dal caso di danni cagionati da cause estrinseche e non imputabili (3).

Questo principio deve anche trovare applicazione presso di noi, purchè non vi sia colpa e neanco negligenza od imprudenza

(1) *Leg.* 15, §§ 31 e 34, *Dig.*, *De damno inf.*
(2) *V.* art. 1220 del *Cod. Civ.*
(3) *Leg.* 24, §§ 2, 4, 6, 8, 9, 10, 11 e 43, *Dig.*, *De damno inf.* — *V.* n° 288.

Digitized by Google

per parte del possessore del fondo, da cui deriva il danno (1). Se, ad esempio, un edifizio conservato in buone condizioni, mercè le necessarie riparazioni, non avrebbe potuto crollare pel solo effetto del sopravvenuto caso fortuito, ma cadde in rovina per lo stato di deperimento in cui fu lasciato, in questo caso il possessore non può evitare la soddisfazione del danno. Se a vece la causa della rovina fu sì possente e violenta, come nel caso di un forte terremoto, che anche una solida costruzione avrebbe crollato, l'avvenimento deve considerarsi fuori della cauzione e dell'obbligo del risarcimento.

Però se il caso di forza maggiore non fece che ridurre l'edifizio in istato di minaccia al vicino, il giudice può e deve sempre dare quegli equi provvedimenti, che la sicurezza richiede, o ingiungere l'obbligo della cauzione.

(1) *Arg.* art. 1152 e 1226 *Cod. Civ.*

Digitized by Google

CAPO QUARTO

Del termine utile all'esercizio dell'azione di danno temuto.

---

301. L'art 698 del Codice Civile stabilisce per la denuncia di nuova opera il termine perentorio di un anno dall'incominciamento dei lavori. L'art. 699 invece, relativo all'azione di danno temuto, non determina alcun tempo per l'esercizio della medesima. La ragione di questa diversità di disposizioni emana dalla stessa natura dei fatti e dal soggetto e scopo differenti delle due azioni.

Nè all'essenza di tale diversità detrae o reca modificazione l'art. 82 del Codice di Procedura Civile, che per la proposta dell'azione di danno temuto fissa, come per le altre azioni in esso precisate, ugual termine di un anno; non avendo questo articolo altro subbietto che di determinare la competenza.

Se quindi l'azione del danno temuto viene promossa entro l'anno, i relativi provvedimenti appartengono alla giurisdizione eccezionale del pretore, qualunque sia il valore della causa; e se si promuove dopo l'anno risorgono le regole ordinarie della competenza, e ne spetta la cognizione e il giudizio al tribunale civile od al pretore secondo il valore della causa. A differenza pertanto della denuncia di nuova opera, appare sempre aperta la via a chiedere i provvedimenti per prevenire il danno minacciato dal pericolo di rovina di un edifizio o da altro oggetto, in sede eccezionale o nella sede ordinaria.

L'anno utile per l'esperimento dell'azione avanti il pretore dovendosi misurare dal fatto che vi diede origine, non è sempre

Digitized by Google

facile il determinare questo punto di partenza. Quando la minaccia non deriva da accidente improvviso e straordinario, e così da atto istantaneo, ma da vetustà o cattiva costruzione, il pericolo non si presenta ordinariamente tutto ad un tratto, ma sorge e cresce a gradi. Perciò la realtà del vero e grave pericolo non si rende spesse volte palese che assai tempo dopo la prima cagione.

E la legge non potendo stabilire, salvo in genere, il momento da cui possa o debba pigliare le mosse il termine utile all'esperimento dell'azione innanzi al pretore, si limita a dichiarare, che l'anno incomincia il suo corso dal fatto che diede origine al pericolo, e così dall'istante che il pericolo diventa grave e prossimo, solo da tale istante nascendo l'azione a termini dello art. 699 del Codice Civile.

Ne consegue pertanto, che spetta al giudice di risolvere, in caso di contestazione in proposito, la difficoltà, e così di sindacare e determinare il punto di partenza, almeno approssimativamente, tenendo conto delle prove date dalle parti, dello stato apparente delle cose e di ogni altra rilevante circostanza di fatto, dietro anche, occorrendo, il giudizio di persone perite.

Digitized by Google

TITOLO QUARTO

GIUDIZI DI DENUNCIA DI NUOVA OPERA E DI DANNO TEMUTO.

PROCEDIMENTO, PROVVEDIMENTI. — APPELLABILITÀ.

CAPO PRIMO

Procedura. — Provvedimenti.

302. Il rito processuale nei giudizi di denuncia di opera nuova e di danno temuto è determinato dagli articoli 938, 939 e 940 del Codice di Procedura Civile, con regole uniformi e semplici, corrispondenti alla natura ed al fine di questi giudizi preliminari, il cui oggetto consiste in misure puramente conservative, che lasciano intatte le questioni di diritto e di possesso (1).

Ciò però non toglie che si possa, come già si osservò, instituire contemporaneamente alla denuncia il giudizio possessorio od il giudizio petitorio. Uno, ad esempio, denunciando un'opera nuova, può, oltre ai provvedimenti temporanei per impedirne la prosecuzione, proporre il possesso annale ed il turbamento arrecato dall'opera (2), oppure far valere un diritto di proprietà o di servitù leso dall'opera stessa, e chiedere la riduzione delle cose nel loro primitivo stato, mediante la manutenzione in possesso nel primo caso e la declaratoria, che niun diritto di fare l'opera spetta a colui che la intraprese, nel secondo caso.

(1) *Cassaz. di Firenze,* 18 marzo 1869; *Ann. della Giur. ital.*, vol. III, 1, 121. — *Cassaz. di Torino,* 14 giugno 1870; *La Giur.*, 1870, pag. 475.
(2) *Cassaz. di Napoli,* 16 luglio 1870; *Giur. ital.*, vol. XXII, 1, 625.

Digitized by Google

Ma in amendue questi casi dovendo, a senso dei già fatti riflessi, procedersi a disamina anche del merito, ed anzi la questione di possesso o di proprietà costituendo il tema principale del giudizio, la denuncia più non compare che come accessoria ed incidentale; e allora il giudizio vuolsi iniziare secondo le regole ordinarie; ed il pretore, non più investito di giurisdizione speciale, non può conoscere della causa, salvo sia di sua competenza, secondo il diritto comune (1).

E conformemente a questi principii generali di diritto, lo articolo 938, capoverso, del Codice di Procedura Civile, dichiara che ove penda tra le parti un giudizio, il quale abbia connessione coll'oggetto della denuncia, questa si deve proporre in via di incidente nel giudizio medesimo.

La domanda in effetto di un provvedimento conservativo ed interinale, fatta in un vertente giudizio o contemporaneamente all'azione principale di proprietà o di possesso, si connette con questa e più non riveste che la forma degli incidenti. La procedura è quindi in siffatti casi sempre regolata dalle norme relative agl'incidenti proposti in un giudizio principale (2).

303. Il procedimento a vece, di cui dobbiamo trattare, è quello che riflette il puro preliminare giudizio di denuncia, la domanda cioè limitata ai provvedimenti speciali e temporanei, proprii della denuncia di nuova opera o di danno temuto. Questa domanda costituisce un particolare distinto giudizio, quantunque si riferisca sempre ad un'azione principale di possesso o di proprietà, espressamente o virtualmente enunciata, a senso dei principii già svolti.

La legge permettendo di proporre in giudicio speciale la domanda di questi provvedimenti conservativi ed interinali, quasi le relative azioni sussistano da sè, non ne distrugge il nesso logico e giuridico colla questione di merito, la cui discussione e la soluzione sono deferte all'autorità giudiciale competente, appena dati i provvedimenti, che sieno richiesti dalla ragione e dall'urgenza.

(1) *Cassaz. di Torino*, 18 marzo 1873; *La Giur.*, 1873, pag. 442. — *Cassaz. di Napoli*, 7 maggio 1868; *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 461. — *V.* n° 267.

(2) *Cod. di Proc. Civ.*, art. 181 e seg., 389 e seg.

Digitized by Google

Due sono, in sostanza, le parti di cui si compone la denuncia; l'una sommarissima, in cui provvisoriamente si giudica se un'opera intrapresa si debba o non sospendere, oppure, se sovrastando un pericolo da esistente edifizio o da altro oggetto, si debba provvedere per rimuoverlo od ingiungere l'obbligo della cauzione; l'altra, ordinaria, nella quale si conosce e decide il merito delle elevate questioni di diritto.

Nella prima fase il pretore prende sommaria cognizione del fatto e delle apparenti ragioni, senza addentrarsi nel merito; ed il suo uffizio si esaurisce nell'atto, con cui provvede, quasi per primo intuito, sulla fattagli domanda. L'esame del diritto è destinato alla seconda sede, in cui si discute il merito, non punto pregiudicato dalla sentenza prima emanata (1).

304. Prima però di trattare dei criterii giuridici e morali, che debbono servire di norma nei provvedimenti a darsi, occorre parlare dei due metodi di procedura stabiliti per l'esercizio delle azioni di denuncia, potendo esse proporsi in via di citazione od in via di semplice ricorso, e conseguentemente potendo darsi i relativi provvedimenti in contraddittorio d'ambe le parti, o senza audizione della parte contraria.

Se si agisce nella forma ordinaria della citazione, il pretore, dati i provvedimenti che crederà convenienti ed equi, rinvia le parti davanti l'autorità competente a pronunciare sul merito della controversia del possesso o della proprietà; e nel caso si tratti di causa compresa nella sfera di sua giurisdizione, fissa all'uopo apposita udienza innanzi a se stesso.

Se poi la denuncia si fa in via di semplice ricorso, come la legge eccezionalmente permette, il pretore può, secondo le circostanze, provvedere *inaudita parte*, oppure ordinare prima di ogni cosa la citazione dell'altra parte, anche ad ora fissa. La scelta dell'un metodo o dell'altro è affidata alla prudenza del pretore, il quale naturalmente deve astenersi dal provvedere senza il contraddittorio degl'interessati, e così senza citazione e difesa, nei casi in cui non rivelasi un grave motivo d'urgenza, come sarebbe quando una qualche dilazione potesse essere causa di danno irreparabile.

(1) *Cassaz. di Torino*, 15 dicembre 1871; *Giur. ital.*, vol. XXIII, 1, 812.

Digitized by Google

Il provvedimento concesso *ex primo decreto,* senza audizione dell'altra parte, non costituisce una vera decisione, non potendosi questa concepire, se non sentite tutte le parti interessate; ma spiega tuttavia, per disposizione della legge, l'efficacia di un atto provvisoriamente esecutorio, non soggetto a revisione; con obbligo però al denunciante di notificare all'altra parte, nel termine stabilito dal pretore, copia del ricorso e del decreto, e di citarla a comparire davanti all'autorità giudiziaria competente a pronunciare sulla controversia.

305. La legge lascia all'equo e prudente arbitrato del pretore l'apprezzamento delle ragioni e dei fatti per le logiche deduzioni. E dovendosi i provvedimenti corrispondere alle giuste esigenze ed alle condizioni giuridiche e materiali delle parti e delle cose, e così tutelare nel miglior modo possibile i rispettivi loro diritti ed interessi, ne consegue, essere necessario che si ponderino con maturità di consiglio i motivi addotti dalle parti, l'origine, la natura e le risultanze dei fatti ed anche le conseguenze dei chiesti provvedimenti.

La Corte di Cassazione e la Corte d'Appello di Torino (1) osservarono che nella denuncia di nuova opera non devesi porre mente soltanto al danno temuto o verificato, ma considerarsi ancora sommariamente, se l'opera si eseguisce *jure vel iniuria;* e che è neanco necessario, per l'ammessibilità dell'azione, sia certo e pienamente giustificato il pericolo, bastando che vi sia un principio di prova, un'apparenza di verità del pericolo ed il *fumus boni juris.*

Essendo a tale oggetto specialmente indispensabile di conoscere lo stato reale delle cose, occorre ordinariamente una preliminare verifica dei luoghi col mezzo di una perizia, ed anche talvolta coll'accesso giudiziale.

L'istruzione della causa deve però sempre essere sommaria e rapida; tale da raccogliere gli elementi di fatto e di diritto, senza estendersi a profonde investigazioni. Il giudizio è tutto di apprezzamento, di impressione, d'estimazione soggettiva, appoggiata al criterio delle probabilità, che si rivelano prevalenti in un senso o nell'altro.

(1) *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 803; *La Giur.*, 1874, pag. 30.

Digitized by Google

La massima del diritto romano, secondo cui nella denuncia di nuova opera si permette facilmente l'inibizione, *sive jure, sive iniuria opus fieret* (1), potrebbe anche avere la sua applicazione attualmente, ove intesa a seconda del logico principio da cui deriva, ai casi, cioè, in cui sia assai dubbia la ragione di fare l'opera e appaia intanto assai evidente la minaccia ed il pericolo di danno alla proprietà altrui. È sempre meglio antivenire il danno, che farlo risarcire in seguito.

La necessità di un pronto riparo al pericolo di danno compare spesse volte assai urgente e grave nei fatti, che dànno luogo alla denuncia di danno temuto, massime quando si tratta di rimuovere pericoli, da cui sono minacciate non solo le cose, ma le persone.

Vi possono pur essere casi, in un giudizio di denuncia di nuova opera, nei quali la sospensione dei lavori potrebbe arrecare grave danno a chi li intraprese; ed in questi casi, se considerazioni di maggiore rilievo non militano in contrario, sembra doversene concedere la continuazione.

È appoggiata all'equità la distinzione fatta dall'antico Senato Subalpino a tale riguardo (2), doversi cioè conoscere se l'opera sia già di molto inoltrata e non si possa sospendere senza grave detrimento, e, ciò essendo, doversi ammettere la continuazione. Se uno lascia progredire l'opera lungamente, senza reclamare, debbe imputare a se stesso le conseguenze di sua negligenza a farne la denuncia. Un cattivo vicino potrebbe lasciar avanzare di molto l'opera, col fine di interrompere i lavori al punto, in cui sieno per terminare, con aggravio di danno e d'ingiuria all'intraprenditore dell'opera stessa.

Se tutti i materiali sono pronti e sul luogo destinato alla costruzione, e possono guastarsi pel ritardo; o se un ritardo alla prosecuzione dell'opera produce un pericolo all'opera stessa, come a cagione della approssimazione dell'inverno, o per una altra qualsiasi ragionevole causa, sembra si debba pure concedere preferibilmente la continuazione.

(1) *Leg.* 1, *Dig.*, *De op. nov. nunc.*
(2) THES., *Decis.* 204; RICHERI, *Cod.*, lib. 4, tit. 23, def. 1.

Digitized by Google

La Corte d'Appello di Torino (1) stabilì che, trattandosi di passaggio, male s'impone la cauzione per la prosecuzione dei lavori, se sono innocui; e che male a vece si revoca la inibizione mediante cauzione, se le opere querelate impediscono il passaggio.

Può un'opera essere in parte giusta causa di timore di danno, e in parte riuscire innocua; e naturalmente il provvedimento interinale deve limitarsi alla parte, che compare lesiva (2).

La nostra legge del resto lascia la più ampia facoltà al pretore di permettere o vietar l'opera intrapresa, e di ordinare le cautele, che crede convenienti pel risarcimento del danno nel primo caso, quando le opposizioni al proseguimento dell'opera risultino non fondate nella questione di merito; e per la demolizione o riduzione dell'opera e risarcimento dei danni nel secondo caso. E così anche nel giudizio di danno temuto, in cui il pretore può, secondo le circostanze, provvedere per rimuovere il pericolo, od ingiungere al vicino l'obbligo della cauzione pei danni possibili.

306. Nella *Filosofia e dottrine giuridiche* si leggono le seguenti osservazioni sulla denuncia di nuova opera:

« La legge non ha stabilito nella denuncia di nuova opera certe e determinate condizioni di prova a carico di un solo dei contendenti, assegnando ad uno di loro il gravoso ufficio di attore e riservando agli altri la parte più comoda di convenuto; no: la legge dice in comune all'intraprenditore dell'opera nuova ed all'opponente: *Ciascuno produca sommariamente le sue ragioni, i suoi titoli, i fatti di possesso, le prove di qualunque genere relative alla controversia; il possesso interinale del diritto reciprocamente proposto e conteso sarà attribuito alla ragione prevalente, quale apparirà nel primo esordio della questione, tenuto conto delle maggiori o minori probabilità rispettive, ed anche del maggiore o minor danno risultante* hinc inde *dalla sospensione o dalla continuazione dell'opera in corso e in controversia* (3). »

(1) *Sent.* 1° dicembre 1873; *La Giur.*, 1874, pag. 89.
(2) *Cassaz. di Napoli*, 16 maggio 1867; *Giur. ital.*, vol. XIX, 1, 687.
(3) PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, pag. 414.

Digitized by Google

La Corte di Cassazione di Napoli decise che, se uno nel processo di denuncia intende a preservare un diritto appoggiandosi a titolo, che lascia un grave dubbio sulla realtà del diritto stesso, il giudice può diniegare il chiesto provvedimento e rimettere le parti al giudizio sul merito, in cui deve detto titolo valutarsi (1).

Possono anche accadere casi, in cui occorrano decreti preparatorii: e a tale oggetto la Corte di Cassazione di Torino (2) statuì che l'ammessione accordata dal pretore al proseguimento di opere lamentate, ma con riserva di assumere informazioni e di procedere a un'ispezione sul luogo, non può scambiarsi con quel provvedimento definitivo, dopo il quale a termini dell'art. 940 del Codice di Procedura Civile la giurisdizione pretoria essendo esaurita, debbonsi rinviare le parti all'autorità competente a giudicare il merito della causa. Il consentito proseguimento dei lavori, in vista delle stesse dichiarazioni e riserve del giudice, e per la eventuale condizione risolutiva a cui sottopose il suo decreto, pel caso non trovasse nella visita sul luogo i fondamenti giuridici per confermarlo, non può scambiarsi con detto definitivo provvedimento affidato alla sua speciale giurisdizione.

La stessa Corte di Cassazione di Torino (3) stabilì che nel giudizio di denuncia di nuova opera, il giudice non può verificare se il denunciante abbia o no prestato il consenso ai lavori. Chiamato a risolvere una questione incidentale non può prendere in considerazione un mezzo di difesa, che si attenga esclusivamente al merito. L'art. 698 lascia all'arbitrio del giudice il giudicare, in seguito a sommaria cognizione del fatto, se si debba vietare la continuazione dell'opera intrapresa, ovvero permetterla, ordinando le opportune cautele. Questo è l'unico suo officio.

Quando poi abbia prescritto la sospensione dell'opera denunciata, e la parte non obbedisca, può il pretore ordinare che le cose siano ridotte al pristino stato (4); e nel giudizio di danno temuto, ove non si compiano le opere prescritte per la

(1) *Sent.* 9 settembre 1868; *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 854.

(2) *Sent.* 5 aprile 1867; *Giur. ital.*, vol. XIX, 1, 226.

(3) *Sent.* 11 marzo 1875; *Giur. ital.*, vol. XXVII, 1, 631. — *V.* anche vol. XX, 1, 854, e vol. XXIV, 1, 115.

(4) *Cod. di Proc. Civ.*, art. 940.

Digitized by Google

rimozione del pericolo o non si presti l'ordinata cauzione, può ordinare l'esecuzione delle opere ed anche fare procedere alla demolizione od alla riduzione dell'edifizio od oggetto minacciante rovina (1).

Non essendo cómpito di questo libro di svolgere la tela processuale, ci limitiamo ad osservare, in ordine al giudizio, che havvi nullità, quando si ommette una formalità sostanziale, non già quando se ne aggiungono altre sovrabbondanti. Non vi ha, per esempio, nullità nel caso in cui, a vece di attenersi alla procedura sommarissima tracciata dalla legge, siasi fatto uso della procedura ordinaria (2).

(1) *V.* n° 297.
(2) *Cassaz. di Torino*, 11 giugno 1873; *La Giur.*, 1873, pag. 546.

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Appellabilità.

---

307. Stando al concetto della legge, sembra doversi accogliere senza esitazione la massima già pur consacrata da solenni giudicati, secondo cui i provvedimenti dati dal pretore sulla denuncia di nuova opera non sono soggetti ad un secondo esame in via di remissione, emanino essi *ex primo decreto, inaudita parte,* od in contraddittorio delle parti dietro citazione (1).

Non è, di fatto, in ordine a tali provvedimenti preordinata dalla legge veruna revisione; ma, come definizione di questione accessoria alla causa di merito, sono compresi nel rinvio delle parti all'autorità giudiziale competente a pronunziare sulla causa stessa. Non costituiscono perciò che una specie di misura precaria e temporanea, dettata da motivi d'urgenza, e soltanto durativa sino a che altrimenti non disponga il giudice del merito, al quale è rinviata la causa.

Non può conseguentemente esservi remissione avanti questo giudice per la revoca o la conferma del detto provvedimento, dovendosi a vece rinviare al medesimo l'intiera causa e così la questione di merito con ogni relativo incidentale punto di controversia.

E ne viene quindi anche, per parità di ragione e di conseguenze giuridiche, non potersi neanco portare in appello un provvedimento, che rimette la causa e le parti avanti l'autorità competente, la quale resta per tal modo investita della pienezza di sua giurisdizione, sia in ordine alla controversia, il cui merito

(1) *Cassaz. di Napoli,* 14 giugno 1870; *Ann. della Giur. ital.,* IV, 1, 270. — *Cassaz. di Torino,* 2 maggio 1873; *La Giur.,* 1873, pag. 461. — *V.* anche *Sent.* 5 aprile 1867.

Digitized by Google

è stabilito o preconizzato nell'atto stesso della denuncia, sia in ordine alla denuncia stessa, come quella che costituisce una azione puramente accessoria al giudizio di merito.

Questi provvedimenti di carattere provvisorio sono adunque sottratti alla censura del giudice superiore per la loro stessa natura ed indole, senza che occorresse dalla legge un'espressa dichiarazione d'inappellabilità.

Non regge l'opinione di coloro i quali pensano, potersi la disposizione dell'art. 931 del Codice di Procedura Civile, relativa al sequestro, applicare per analogia al giudizio di denuncia. Di fatto trattasi di provvedimenti di natura affatto diversa; e argomentando *a contrario sensu* si può anche dimostrare infondata detta opinione, in quanto che se pel sequestro è espressamente ordinata la citazione avanti l'autorità competente per la rivocazione o la conferma del sequestro stesso, l'articolo 940 ne tace affatto, e anzi divieta, quanto meno implicitamente, uguale rimessione o citazione per una revoca od una conferma del provvedimento.

Il principio però della non appellabilità di siffatti provvedimenti non impedisce all'autorità investita della cognizione del merito della causa di ordinare quei nuovi provvedimenti, che in seguito si ravvisassero necessarii, con revocare anche quelli dati dal pretore. La legge, sottraendo questi eccezionali provvedimenti ad un secondo esame e così dando loro effetti, che esorbitano dagli ordinari principii sui giudicati, non toglie al giudice del merito l'interezza della giurisdizione, che gli compete.

La rimessione, in effetto, della causa di merito, sia essa possessoria o petitoria, investe il giudice di tutti i relativi poteri, e per conseguenza della facoltà di decidere non solo il merito della causa principale, ma anche di risolvere le questioni accessorie od incidentali.

Basta che la parte avente interesse a riportare un provvedimento in senso contrario a quello dato dal pretore sollevi lo incidente nella causa di merito, onde il giudice di questa, tenuto conto delle risultanze del giudizio e delle ragioni ed eccezioni delle parti, possa pronunciare liberamente, nella pienezza della sua podestà, sì e come crederà di giustizia.

Digitized by Google

I principii già svolti in ordine all'appello dalle sentenze emanate nei giudizi possessorii non possono applicarsi ai giudizi di denuncia d'opera nuova o di danno temuto; giacchè ben diverso ne è l'oggetto e ne sono le conseguenze. E di fatto le azioni possessorie costituiscono un giudizio tutto loro proprio ed indipendente; ed il pretore decide definitivamente il merito della causa possessoria; così che questa percorre il primo grado di giurisdizione, mentre la denuncia si trasfonde nell'azione, che costituisce l'obbietto finale del diritto o del possesso che si vuol tutelare (1).

La giurisprudenza della Corte di Cassazione di Torino è pure a tale proposito esplicita e costante (2).

308. La Corte di Cassazione di Napoli professò, per contro, sul punto dell'appellabilità una diversa dottrina con due sue decisioni (3), fondandosi sull'articolo 481 del Codice di Procedura Civile, che ammette l'appellazione da qualsiasi sentenza pronunciata in prima istanza, salvo sia dalla legge dichiarata inappellabile. Considerò che la parola *sentenza* è adoperata in senso lato per ogni statuizione del giudizio, senza distinzione tra sentenza definitiva, interlocutoria o preparatoria; e che l'articolo 50 definisce l'*ordinanza* e la distingue dal semplice *decreto*, ma non dice che sia inappellabile; e si riferisce poi a puri atti ordinatorii del giudizio. E inoltre, trattandosi di mezzi d'istruzione e di statuizione del giudice, che decide questioni correlative, elevate dalle parti, e sulle quali lo stesso giudice più non potrebbe neanco ritornare, si ha il valore e il nome di una sentenza, non già una semplice ordinanza.

La Corte di Cassazione di Firenze (4), dissentendo pure da

(1) *V.* n° 265.

(2) *Sent.* 24 gennaio 1866, 14 giugno 1870 e 2 maggio 1873; *La Giur.*, 1866, pag. 67; 1870, pag. 475; 1873, pag. 461.

La *Corte d'Appello di Torino* espresse la stessa opinione colle *Sentenze* 30 dicembre 1873 e 19 gennaio 1874; *La Giur.*, 1874, pag. 89 e 363.

(3) *Sent.* 9 settembre 1868; *Giur. ital.*, vol. XX, 1, 854; *Sent.* 1° dicembre 1874; *Giornale delle Leggi*, anno VI, pag. 156. — Però un diverso giudicio proferiva con *Sent.* 14 giugno 1870; *Ann. della Giur. ital.*, vol. IV, 1, 270; cosicchè non può dirsi costante la giurisprudenza di questa Corte.

(4) *Sent.* 8 luglio 1875; *Giornale delle Leggi*, anno VI, pag. 325; *Giur. ital.*, vol. XXVIII, 1, 13.

Digitized by Google

quella di Torino, distingue il caso, in cui la denuncia è proposta mediante ricorso e giudicata *inaudita parte*, dal caso in cui vi ha citazione e contraddittorio delle parti. Se la denuncia, osservò la Corte, è proposta mediante ricorso, ed il pretore non ordinò la citazione dell'altra parte, è evidente che non vi è giudizio, non vi è contestazione, e quindi qualunque sia il provvedimento che pronuncia con suo decreto il pretore, questo non può recar pregiudizio ai diritti dell'altra parte; e non essendo un giudicato, non è suscettibile di appello; ma quando la domanda viene proposta con citazione, quando su tale citazione il pretore pronuncia una vera e propria sentenza colle forme prescritte dall'articolo 436 del Codice di Procedura Civile, il parlare d'inappellabilità è un disconoscere apertamente la legge, di cui all'articolo 481 del Codice di Procedura Civile.

Aggiunge la Corte che non vi ha disposizione, che dichiari inappellabili siffatte sentenze; e che anzi se si avverte essere l'azione di denuncia di nuova opera annoverata fra quelle, la cui cognizione venne esclusivamente sottoposta alla competenza dei pretori, al pari delle azioni possessorie e di altre enumerate nell'articolo 82 di detto Codice, si ha un argomento ulteriore per ritenere che possa al pari di queste fornire materia e fondamento ad un giudizio e ad una contestazione di lite, e che possa dal giudice competente essere accolta o respinta con una sentenza soggetta ad appello. Nè varrebbe opporre l'alinea dello articolo 940 del Codice di Procedura, ove è detto che quando interviene citazione della parte, il pretore, dati i provvedimenti temporanei che crederà di ragione, se non sia competente a giudicare del merito, rinvia le parti davanti l'autorità giudiziaria competente; giacchè il citato articolo 940 non esclude che la sua pronuncia, quando avvenga in linea contenziosa e colla forma delle sentenze, sia suscettibile d'appello, bastando a tal uopo che l'appellante abbia un interesse (art. 36 Proc. Civ.). E di fatto, ancorchè volesse affermarsi che il pretore avrebbe dovuto o potuto provvedere con semplice decreto, le conseguenze dell'atto non si misurano da ciò che doveva o poteva fare, ma da ciò che realmente fece. Esso pronunciò una sentenza, e ne derivò il diritto al rimedio dell'appello.

Digitized by Google

309. La esposta distinzione tra provvedimento emanato *inaudita parte* e provvedimento pronunciato in contraddittorio non appare, per rapporto alla loro essenza, conforme al concetto della legge, la quale ai due diversi provvedimenti dà uguale valore ed efficacia, malgrado la differenza di forma e rito processuale. Di fatto, una ed identica è la loro sostanza, vengono pareggiati negli effetti e si risolvono egualmente nella rimessione della causa davanti l'autorità competente. Questa rimessione è fatta in modo diverso, ma per le stesse cagioni e per lo stesso oggetto.

Il dotto scrittore (1), la cui autorevole opinione venne riferita al N° 268, osserva ancora in proposito che, adottando il sistema avanti accennato di appellabilità dei provvedimenti dati dietro citazione ed in contraddittorio della parte citata, « ne conseguirebbe che la questione accessoria, la quale fu oggetto del provvedimento pretoriale, sarebbe disgiunta dalla questione principale, ossia di merito, che il pretore deve rinviare alla autorità competente; e ne seguirebbero procedimenti e giurisdizioni diverse, giacchè l'una troverebbe il primo grado in sede pretoria ed il secondo grado al tribunale civile, mentre l'altra questione, la principale, avrebbe il primo grado nella decisione del tribunale ed il secondo in Corte d'Appello; e, ciò che forse è peggio, il verificarsi di tali diversità, oppur no, dipenderebbe dall'arbitrio combinato dell'attore e del pretore, in potere dei quali sta il procedere in via di ricorso e decreto, ovvero per citazione, val quanto dire (ammesso il sistema) dipenderebbe affatto da loro soli disgiungere o non disgiungere, sottomettere, oppure no, a procedure e giurisdizioni diverse la questione principale e la questione accessoria.

« Ma noi, prosegue il dotto scrittore, rigettiamo completamente cotale sistema, parendoci che il pretore anche citando la parte per dare un provvedimento più cauto, inizia bensì, ma non esaurisce il primo grado di giurisdizione: perocchè la legge, anche per questo caso, dati appena i provvedimenti temporanei, gli ordina di *rinviare* all'autorità competente la causa, la quale comprende colla questione principale anche le questioni acces-

(1) PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche.*

Digitized by Google

sorie. Pertanto in quella guisa stessa, in cui il giudice delegato per l'istruzione degl'incidenti nel procedimento ordinario non esaurisce punto il primo grado di giurisdizione anche statuendo in via d'urgenza in contraddittorio dei procuratori, perchè rinviandosi le parti avanti il tribunale, vi si rinvia colla causa intera anche l'incidente, benchè già deciso e forse già eseguito per provvisione, nella stessa guisa, diciamo, e colla stessa riserva, il pretore investito di giurisdizione speciale e come rappresentante, in ordine all'azione accessoria, la giurisdizione del petitorio, darà, sentite le parti, un provvedimento interinale sulla nunciazione di nuova opera; provvedimento che non esaurisce un grado, ma è rinviato colla causa intera al primo grado di giurisdizione nella sede del giudizio petitorio, da cui dipende.

« In conclusione adunque i provvedimenti sulla nunciazione di nuova opera, dipendente da giudizio petitorio, aperto prima o contemporaneamente, si dànno in forma di sentenze incidentali dalla stessa giurisdizione del petitorio: i pretori li dànno in correlazione ad un petitorio *non ancora formalmente instituito;* ma allora i pretori, provvedendo, non pongono fine al giudizio, quasi sussistesse da sè, ma debbono pronunciare il *rinvio* al petitorio già virtualmente esercitato colla nunciazione, e che, dati i provvedimenti interinali, si debbe formalmente aprire; al quale per conseguenza in un colla causa principale è rinviato, come accessorio, anche l'incidente della nunciazione, benchè il pretore vi abbia statuito provvisoriamente, sentite le parti. »

E queste considerazioni sulla denuncia di nuova opera sono naturalmente applicabili alla denuncia di danno temuto, avendo la legge, stante la parità d'essenza, stabilito pei due giudizi uniformità di procedura.

FINE DELLA PARTE SECONDA ED ULTIMA.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE DELLE MATERIE

PREFAZIONE 7

PARTE PRIMA

DELLE AZIONI POSSESSORIE

TITOLO PRIMO

DEL POSSESSO E DELLE AZIONI POSSESSORIE IN GENERALE.
CENNI STORICO-LEGALI.
AZIONI POSSESSORIE SECONDO LA VIGENTE LEGISLAZIONE.

CAPO PRIMO

Del possesso e suoi rapporti colla proprietà e coi rimedi possessorii, §§ 1, 2, 3, 4 11

CAPO SECONDO

Delle azioni possessorie in generale. — Indole caratteristica ed effetti. — Confronto del possessorio col petitorio, §§ 1, 2. . 22

Digitized by Google

CAPO TERZO

Cenni storico-legali sulle azioni possessorie.

Sezione Prima

Diritto romano e canonico, §§ 1, 2, 3 29

Sezione Seconda

Diritto patrio anteriore al Codice Civile italiano 36

Sezione Terza

Codice Francese. — Codice Austriaco. — Disposizioni legislative di vari Stati italiani. — Codice Albertino. — Promulgazione del Codice Civile italiano, §§ 1, 2, 3, 4 40

CAPO QUARTO

Possesso e azioni possessorie secondo la legislazione italiana, §§ 1, 2, 3, 4 49

TITOLO SECONDO

AZIONI DI MANUTENZIONE. — CARATTERI E CONDIZIONI.

CAPO PRIMO

Osservazioni preliminari 62

CAPO SECONDO

Del possesso continuo non interrotto, §§ 1, 2 64

Digitized by Google

CAPO TERZO

Del possesso pacifico §§ 1, 2 71

CAPO QUARTO

Del possesso pubblico, §§ 1, 2, 3. 75

CAPO QUINTO

Del possesso non equivoco 83

CAPO SESTO

Possesso con animo di tenere la cosa come propria e Possesso precario.

Sezione Prima

Possesso *animo domini*, §§ 1, 2. 87

Sezione Seconda

Possesso precario. — Possessori precarii e loro successori, §§ 1, 2, 3, 4. 91

CAPO SETTIMO

Possesso oltreannale — Unione di possessi.

Sezione Prima

Possesso oltreannale, §§ 1, 2 111

Sezione Seconda

Unione del possesso dell'autore e del successore, §§ 1, 2. . . 116

Digitized by Google

TITOLO TERZO

BENI CHE POSSONO FORMARE OGGETTO DELL'AZIONE DI MANUTENZIONE. RAPPORTI DEL POSSESSO COLLA LORO ALIENABILITÀ E PRESCRITTIBILITÀ. DISTINZIONE PER NATURA, DESTINAZIONE ED OGGETTO.

CAPO PRIMO

Dei beni in generale e loro rapporto col possesso e colla azione possessoria.

Sezione Prima

Dei beni suscettivi di possesso e di azione possessoria, §§ 1, 2. 128

Sezione Seconda

Dei beni relativamente alle persone, a cui appartengono §§ 1, 2. 134

CAPO SECONDO

Distinzione dei beni. — Diverse specie d'immobili.

Sezione Prima

Distinzione dei beni in generale 141

Sezione Seconda

Beni immobili per loro natura 142

Sezione Terza

Immobili per la loro destinazione 147

Digitized by Google

SEZIONE QUARTA

Beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono. — Osservazioni generali 154

CAPO TERZO

Diritti reali che possono formare oggetto dell'azione di manutenzione.

SEZIONE PRIMA

Enfiteusi, Usufrutto, Diritto d'uso e d'abitazione 158

SEZIONE SECONDA

Servitù. — Considerazioni generali. — Loro natura, divisione ed effetti, §§ 1, 2, 3 163

SEZIONE TERZA

Servitù stabilite dalla legge. — Acque. — Scoli naturali — Sorgenti. — Difesa dei fondi. — Acque costeggianti o attraversanti i fondi. — Acque piovane, §§ 1, 2, 3, 4, 5, 6 170

SEZIONE QUARTA

Servitù legali. — Continuazione. — Muri, edifizi e fossi comuni, distanze legali, opere intermedie e scavamenti. — Prospetto. — Stillicidio, §§ 1, 2, 3, 4, 5, 6 200

SEZIONE QUINTA

Servitù legali. — Continuazione. — Passaggio necessario, §§ 1, 2, 3 215

SEZIONE SESTA

Servitù legali. — Continuazione. — Acquedotti 225

Digitized by Google

SEZIONE SETTIMA

Servitù stabilite per fatto dell'uomo. — Loro diversa specie. Possesso. — Titolo. — Vie vicinali. — Questione di diritto transitorio, §§ 1, 2, 3, 4, 5 229

SEZIONE OTTAVA

Banchi in Chiesa. — Decime, §§ 1, 2 251

CAPO QUARTO

Dell'universalità dei mobili 257

TITOLO QUARTO

MOLESTIE AL POSSESSO, CHE INDUCONO L'AZIONE DI MANUTENZIONE. ANNO UTILE ALL'ESPERIMENTO DELLA MEDESIMA.

CAPO PRIMO

Molestie al possesso.

SEZIONE PRIMA

Carattere giuridico delle molestie in genere 260

SEZIONE SECONDA

Turbamento naturale o di fatto 263

Digitized by Google

SEZIONE TERZA

Turbamento civile ossia di diritto, §§ 1, 2 270

CAPO SECONDO

Termine utile all'esercizio dell'azione di manutenzione.
Se decorra contro ogni persona.

SEZIONE PRIMA

Termine. 282

SEZIONE SECONDA

Decorrenza del termine contro ogni persona 287

TITOLO QUINTO

AZIONE DI REINTEGRAZIONE. — SUA NATURA E DIFFERENZA DALL'AZIONE DI MANUTENZIONE. — SPOGLIO VIOLENTO OD OCCULTO. COSE SOGGETTE ALL'AZIONE. — TERMINE PER PROPORLA.

CAPO PRIMO

Dell'azione di reintegrazione in generale.

SEZIONE PRIMA

Suo oggetto e carattere 292

SEZIONE SECONDA

Indole della reintegrazione diversa dalla manutenzione. — Cumulo delle *due* azioni 295

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Spoglio violento od occulto. — Cessazione della violenza e della clandestinità.

Sezione Prima

Spoglio violento. — Autorità pubblica. — *Vi vim repellere*, §§ 1, 2, 3, 4 298

Sezione Seconda

Dello spoglio in modo occulto 312

Sezione Terza

Cessazione della violenza e della clandestinità 316

CAPO TERZO

Cose soggette all'azione di reintegrazione, §§ 1, 2 319

CAPO QUARTO

Termine utile all'esercizio dell'azione di reintegrazione 332

TITOLO SESTO

GIUDIZIO POSSESSORIO. — COMPETENZA. — CUMULO DEL POSSESSORIO COL PETITORIO. — PERSONE ALLE QUALI COMPETE O CONTRO CUI COMPETE L'AZIONE POSSESSORIA. — PROCEDIMENTO. — GARANTÍA. INTERVENTO. — APPELLO. — CASSAZIONE. — COSA GIUDICATA.

CAPO PRIMO

Competenza, §§ 1, 2 335

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Cumulo del possessorio col petitorio.

Sezione Prima

Principii di diritto. — Dottrine giuridiche 340

Sezione Seconda

Esempi o casi, in cui fu giudicato, non esservi cumulo d'azioni 357

Sezione Terza

Casi, nei quali fu giudicato esservi unione del possessorio col petitorio 365

Sezione Quarta

Riassunto 377

CAPO TERZO

Persone che possono promovere le azioni possessorie o difendersi — Responsabilità civile, §§ 1, 2, 3 381

CAPO QUARTO

Procedura nelle cause di manutenzione e reintegrazione.

Sezione Prima

Manutenzione 393

Sezione Seconda

Causa di reintegrazione 398

Digitized by Google

CAPO QUINTO

Della garantía e dell'intervento 405

CAPO SESTO

Alcune considerazioni in ordine all'appello ed alla cassazione.

Sezione Prima

Appello 408

Sezione Seconda

Cassazione 412

CAPO SETTIMO

Effetti della cosa giudicata. 418

Digitized by Google

PARTE SECONDA

DELLE AZIONI DI DENUNCIA DI NUOVA OPERA E DI DANNO TEMUTO

TITOLO PRIMO

CONCETTO GENERALE DELLE DUE AZIONI.
LORO OGGETTO, NATURA E RAPPORTO COLLE AZIONI POSSESSORIE E PETITORIE. — COMPETENZA.

CAPO PRIMO

Concetto generale 425

CAPO SECONDO

Natura ed oggetto della denuncia di nuova opera e di danno temuto. — Rapporti coi giudizi possessorii e petitorii 427

CAPO TERZO

Competenza. — Atti amministrativi.

SEZIONE PRIMA

Competenza 433

SEZIONE SECONDA

Atti amministrativi 436

Digitized by Google

TITOLO SECONDO

DENUNCIA DI NUOVA OPERA. — CARATTERI E CONDIZIONI. TERMINE UTILE ALL'ESERCIZIO DELL'AZIONE. — CAUZIONE.

CAPO PRIMO

Brevi cenni sul diritto antico e moderno.

Sezione Prima

Diritto antico 441

Sezione Seconda

Diritto moderno 446

CAPO SECONDO

Caratteri e condizioni della denuncia di nuova opera.

Sezione Prima

Opere novative. — Danno 450

Sezione Seconda

Opera non ultimata. — Termine di un anno. — Sua decorrenza. 454

CAPO TERZO

Persone alle quali o contro le quali compete la facoltà della denuncia di nuova opera 457

CAPO QUARTO

Cauzione 461

Digitized by Google

TITOLO TERZO

DELL'AZIONE DI DANNO TEMUTO. — SUA NATURA E SUO SCOPO. PERSONE A CUI COMPETE L'AZIONE. — PERSONE TENUTE ALLA CAUZIONE. TERMINE UTILE ALL'ESPERIMENTO DELLA MEDESIMA.

CAPO PRIMO

Danno temnto 464

CAPO SECONDO

Persone alle quali può competere l'azione della denuncia di danno temuto 468

CAPO TERZO

Persone tenute alla cauzione del danno futuro. — Conseguenze del rifiuto di prestarla. — Danno non imputabile §§ 1, 2 . 474

CAPO QUARTO

Del termine utile all'esercizio dell'azione di danno temuto . . 480

TITOLO QUARTO

GIUDIZI DI DENUNCIA DI NUOVA OPERA E DI DANNO TEMUTO. PROCEDIMENTO, PROVVEDIMENTI. — APPELLABILITÀ.

CAPO PRIMO

Procedura. — Provvedimenti 482

CAPO SECONDO

Appellabilità 490

Digitized by Google

Digitized by Google

ERRATA-CORRIGE

Pag.	29	*riga*	19	ed	*leggasi*	od
»	47	»	19	vieta	»	vietava
»	76	»	34	*cum*	»	*eum*
»	77	»	5	nel	»	del
»	161	»	17	esercire	»	esercitare
»	221	»	13	prescrizione	»	presunzione
»	232	»	33	;	»	,
»	244	»	32	BETTINI-GIURIATI	»	*Giur ital.*
»	321	»	26 e 27	protetta se destituita	»	protette se destituite
»	322	»	5	esclusi	»	escluse
»	356	»	15	eccedono	»	eccede
»	363	»	18	abbia	»	abbiano
»	364	»	12	serie	»	sede
»	368	»	33	divisione	»	decisione
»	415	»	31	richiedeva	»	richiedevano
»	460	»	3	potrebbero	»	potrebbe
»	462	»	3	cautele;	»	cautele,

Digitized by Google

231 17054

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google